

VU Research Portal

Jurisprudentie Internetrecht Annotaties 2006-2009

van der Linden-Smith, T; Lodder, A.R.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van der Linden-Smith, T., & Lodder, A. R. (Eds.) (2009). *Jurisprudentie Internetrecht Annotaties 2006-2009*. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

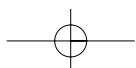
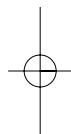
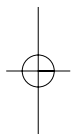
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Jurisprudentie Internetrecht

Annotaties



Jurisprudentie Internetrecht

Annotaties

redactie

??

??

Met annotaties van:

??

??

ISBN 978 90 13 ????? ?

© 2009, Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

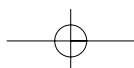
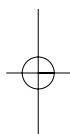
Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

Voorwoord

volgt

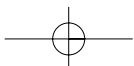
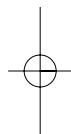
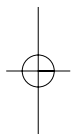


Inhoud

Voorwoord	V
Introductie Internetrecht	1
1. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 7 december 2005 Tiscali – KPN – geen LJN-nummer Rectificatie, begrip homepage	5
2. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 9 maart 2006 Flickr – LJN-nummer AV4204 Auteursrecht, creative commons licentie, privacy	9
3. Noot bij Hof Amsterdam 15 juni 2006 ZoekMP3 – LJN-nummer AX7579 Auteursrecht, mp3, zoekmachine, inbreukmakend openbaargemaakte bestanden	13
4. Noot bij Hof Arnhem 4 juli 2006 Zoekallehuizen – LJN-nummer AY0089 Databankenrecht, auteursrecht, tijdelijke verveelvoudiging, citaat, openbaar maken, hyperlink, omzeilen technische voorzieningen, algemene voorwaarden, onrechtmatige daad	17
5. Noot bij Rb Den Bosch 30 november 2006 DVD Box E-commerce, algemene voorwaarden, opzegging lidmaatschap	25
6. Noot bij Rechtbank Zwolle 14 maart 2007 Stokke vs. marktplaats – LJN-nummer BA4950 Doorgeven NAW-gegevens, veilingsite, auteursrecht, merkenrecht	29
7. Noot bij EHRM 3 april 2007 Copland / Verenigd Koninkrijk Internet op het werk, privacy, reasonable expectation of privacy, art. 8 EVRM	35
8. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 26 april 2007 tvbabes – LJN-nummer BA394 Onrechtmatige daad, hyperlinks, pagerank, zorgplicht, Google, zoekmachine, onmiskenbaar onrechtmatig	39
9. Noot bij Rb. Haarlem sector kanton 29 augustus 2007 Marijn Ontwerp – LJN-nummer BB25761 E-commerce, algemene voorwaarden, feitelijke terhandstelling, art. 6:234 lid 1 BW	45

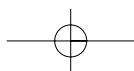
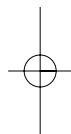
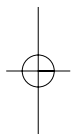
- | | |
|---|----|
| 10. Noot bij: Rb. Rotterdam 30 oktober 2007 | 49 |
| Opruiing via link – LJN-nummer BB7174 | |
| Opruiing, verspreiding d.m.v. link, art. 132 Sr. | |
| 11. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 1 november 2007 | 53 |
| Martijn – LJN-nummer BB6926 | |
| Website pedofielenvereniging, aansprakelijkheid forumbeheerder, preventieve toetsing, auteursrecht, portretrecht, persoonlijke levenssfeer, bijzonder karakter | |
| 12. Rechtbank Amsterdam 9 januari 2008 | 59 |
| WMS vs. Weborama – LJN-nummer BC3829 | |
| Databankenrecht | |
| 13. Noot bij EHvJ 29 januari 2008, C-275/06 | 61 |
| Promusicae/Telefónica | |
| Doorgeven persoonsgegevens, auteursrecht, handhaving | |
| 14. Hof 's Hertogenbosch 22 januari 2008 | 67 |
| Otto LCD tv's hoger beroep – LJN-nummer BC2420 | |
| E-commerce, aanbod, aanvaarding, wilsgebrek, gerechtvaardigd vertrouwen | |
| 15. Noot bij Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 24 januari 2008 | 71 |
| eDonkey – IER 2008, 61 | |
| Auteursrecht, peer-to-peer netwerk, eDonkey, onrechtmatige daad, structureel en systematisch behulpzaam zijn | |
| 16. Noot bij Rechtbank 's Hertogenbosch d.d. 4 februari 2008 | 75 |
| Virtuele kinderporno – LJN-nummer BC3225 | |
| Virtuele kinderporno | |
| 17. Noot bij Rechtbank Zutphen 22 februari 2008 | 79 |
| Naaktfoto's ex – LJN-nummer BC4944 | |
| Smaadschrift, verspreiding naaktfoto's via MSN | |
| 18. Noot bij Voorzieningenrechter Haarlem 14 mei 2008 | 81 |
| A-Group – LJN-nummer BD1446 | |
| Onrechtmatige uitlating, provideraansprakelijkheid, 6:196c lid 4 BW | |
| 19. Noot bij Rechtbank Amsterdam 2 juni 2008 | 87 |
| Semi-openbaar karakter – LJN-nummer BD2977 | |
| en Hof Amsterdam 20 juni 2008 | |
| Discriminatie op weblog – LJN-nummer BD7024 | |
| Strafrecht, discriminatie, vrijheid van meningsuiting, artt. 137c/137d Sr, art. 10 EVRM, semi-openbaar karakter internetforum, bronvermelding/doorhaling niet opgevat als afstand doen van inhoud tekst geplaatst op weblog | |
| 20. Noot bij College van Beroep voor het bedrijfsleven 4 juni 2008 | 93 |
| EnerQ – LJN-nummer BD2958 | |
| Bestuursrecht, elektronisch berichtenverkeer, vormvoorschrift, functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd, origineel formulier, betrouwbaarheid art. 2:13 Awb | |

21. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 19 juni 2008 Hollandse Hoogte – LJN-nummer BD4785 Portretrecht, privacy, redelijk belang, recht op openbaarmaking	97
22. Noot bij Rechtbank 's-Gravenhage 25 juni 2008 ACI vs. ThuisKopie – LJN-nummer BD56901 Auteursrecht, privékopie, thuisKopie vergoeding, heffing, art. 5 Auteursrecht richtlijn (2001/29/EG), art. 16b Aw, art. 16c Aw	99
23. Noot bij Hof Amsterdam 3 juli 2008 Brein vs. Leaseweb – LJN-nummer BD6223 Auteursrecht, Bittorrent, notice-and-take-down, onmiskenbaar onrechtmatig, doorgeven NAW-gegevens, art. 6:196c lid 4 BW	103
24. Noot bij Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 4 juli 2008 De Stelling – geen LJN-nummer Privacy, Richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet, art. 8 Wbp	107
25. Noot bij Rechtbank Den Haag 23 juli 2008 KPN vs A-team – LJN-nummer BE9086 Wanprestatie, toerekenbare tekortkoming, ADSL-aansluiting	117
26. Noot bij Rechtbank Haarlem d.d. 24 juli 2008 Webcamgluurder – LJN-nummer BD8449 Stafrecht, art. 246 Sr., webcam, MSN	121
27. Noot bij Sector kanton rechtbank 's-Hertogenbosch 2 oktober 2008 Foto's – LJN-nummer BF9979 Auteursrecht, foto's op website	127
28. Noot bij Europees Hof van Justitie 16 oktober 2008 C-298/07 Bundesverband der Verbraucherzentralen E-commerce, Article 5(1)(c) Directive 2000/31/EC, Electronic mail, effectieve communicatie	131
29. Noot bij Rechtbank Leeuwarden, 21 oktober 2008 Diefstal van virtuele goederen – LJN-nummer BG0939 Strafrecht, diefstal virtuele goederen, online computerspel, diefstal met geweld, art. 310 Sr, art. 312 Sr.	135
Trefwoordenregister	139
Systematisch register	???



Introductie Internetrecht

volgt?



1. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 7 december 2005
Tiscali – KPN
geen LJN-nummer

Rectificatie, begrip homepage

Tiscali is veroordeeld om een rectificatie te plaatsen op haar website. De rechter bepaalde daarbij dat “deze tekst gelijkmatig moet worden verdeeld over een kader dat even groot is als éénzesde gedeelte van die homepage.” Tiscali vatte dit op als zichtbare deel van de homepage. Immers, naarmate het niet zichtbare deel groter is, zou daarmee de tekst van de rectificatie op het scherm ook meer ruimte innemen, en onder omstandigheden het hele scherm vullen. Tiscali geeft echter een uitleg aan het begrip homepage (namelijk homepage moet gelezen worden als zichtbare homepage) die een beperking van dit begrip inhoudt. Noch in het dictum van het vonnis van 17 november 2005 noch in de daaraan voorafgaande overwegingen is daarvoor een aanknopingspunt te vinden. Dit betekent dat wanneer Tiscali het oneens is met de wijze waarop de voorzieningenrechter de rectificatie heeft gelast, zij hoger beroep tegen het vonnis dient in te stellen.

1. “Het is te gek voor woorden dat we hier vandaag staan”, zo opende de advocaat van KPN zijn pleidooi in deze zaak. In de telecom-wereld, waar partijen regelmatig de rechtszaal nog niet uitgelopen zijn of er alweer vechtend inrollen,¹ zal deze gedachte vaker opkomen. Het is echter de vraag of het in dit geval een terechte constatering is. Deze zaak betreft een executiegeschil over de uitleg van het begrip *homepage*. De rechter had eerder bepaald dat de rectificatietekst een zesde deel van de homepage diende te beslaan.² Naar de geest van dit vonnis verstaat de eiser daaronder het zichtbare deel, naar de letter de gedaagde de gehele (ook niet zichtbare) pagina.

2. De krant is het medium waar traditioneel veel in geredigeerd wordt. Steeds vaker dienen rectificatieteksten ook op internet te worden geplaatst. Dit zijn twee verschillende werelden. Aan de ene kant de tastbare papieren krant, met een vast formaat (meestal A2, soms A3), altijd een voorpagina, een achterpagina, etc. Aan de andere kant het elektronische internet, met pagina's met wisselende formaten, vanuit zowel de kant van de aanbieder (al dan niet gefixeerde frames, fonts; hoeveelheid content per pagina, etc.) als de afnemer (schermgrootte, instellingen, etc.). De plek in de krant waar een rectificatie moet komen te staan en de grootte van de rectificatie is nauwkeurig aan te geven. Hoe op het internet rectificaties moeten worden vormgegeven is een vraag waar rechters duidelijk mee worstelen.

1. Zie bijvoorbeeld M.L. Boonk, Noot bij Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2004 (Pretium/Yiggers) in *Jurisprudentie Internetrecht – annotaties*, te verschijnen bij Kluwer 2006 (M. van der Linden & A.R. Lodder, red.), <http://pubs.cli.vu/pub256.php>.
2. Dit executiegeschil heeft betrekking op het vonnis gewezen in de zaak Vzr. Amsterdam 17 november 2005, LJN: AU6415 (KPN/Tiscali).

3. Soms wordt niets gespecificeerd: “Beveelt Specsavers om binnen drie werkdagen na betekening van dit vonnis op de website www.gedonderindeglazen.nl gedurende twee weken de navolgende rectificatietekst te plaatsen (...)”³ Soms nog minder, want ontbreekt een aanduiding voor hoe lang de tekst op internet moet staan: “duidelijk op de website, www.consumentenbond.nl, in het gebruikelijke lettertype en zonder commentaar een rectificatie te plaatsen met de volgende tekst: (...)”⁴ Wellicht dat uit het feit dat de rectificatietekst ook in de Consumentengids diende te verschijnen een tijdsperiode moet worden afgeleid voor internet die ligt tussen de verschijning van twee nummers?

4. Andere rechters gebruiken op niet eenduidige wijze het begrip scherm: “op de openingspagina van haar website (...) overigens in opmaak met het overige gedeelte van de homepage vergelijkbare wijze over een achtste gedeelte van het scherm.”⁵ Welk scherm? Een 21 inch, 17 inch, laptop, ultra-light laptop, palmtop? Eveneens zwaar leunend op papieren standaarden maar iets duidelijker is de volgende aanduiding: “een rectificatie met een afmeting van tenminste 20 bij 15 cm (bemeten van een 17” scherm), goed zichtbaar, op te nemen boven aan de homepage.”⁶ Ook hier is echter discussie mogelijk. Zo meende KPN dat Pretium hier niet aan voldaan had, maar stelde de rechter anders vast:⁷ “Ter terechtzitting is duidelijk geworden dat het formaat waarin de rectificatie op een beeldscherm getoond wordt, afhankelijk is van de resolutie van het betreffende beeldscherm. Pretium heeft, naar zij stelt, haar rectificatie afgestemd op de veel gebruikte resolutie van 800-600 pixels. Op een dergelijk scherm is de gehele rectificatietekst zichtbaar.” Als de rechter een duidelijke aanduiding wil geven dient hij dus niet alleen de afmetingen van het scherm hierin te betrekken, maar ook de gebruikte resolutie. Eigenlijk zouden browser-instellingen ook meegenomen moeten worden, hoewel een doorsnee instelling bestaat die bijvoorbeeld in Explorer ‘Normaal’ heet en in Mozilla ‘100% Original Size’.

5. Beter passend bij de online omgeving is om op de homepage niet de rectificatietekst als zodanig op te nemen, maar een link die vermeldt dat de rechter rectificatie bevolen heeft. De tegenwerping dat dan geclickt moet worden alvorens de tekst zichtbaar wordt en dus de tekst nauwelijks gelezen zal worden, is redelijk eenvoudig weerlegbaar. Dat geldt immers evenzeer voor de rectificatieteksten op de homepage zelf. Bovendien wordt de mededeling *dat* er gerectificeerd moet worden in dit geval waarschijnlijk eerder opgemerkt. Ook hier is de rechter voorts nog onnauwkeurig in zijn aanduidingen. Op welk scherm en met welke resolutie moet de link bijvoorbeeld 3 bij 7 centimeter zijn⁸ en in vergelijkbare zin: *tenminste* 3 bij 6 centimeter (op een 17 inch scherm).

3. Vزر. Amsterdam 16 oktober 2003, LJN: AM0361 (Hans Anders/Specsavers). In vergelijkbare zin Vزر. Den Haag 29 juli 2005, LJN: AU4076.

4. Vزر. 24 maart 2005, LJN: AT3140 (C1000/Consumentenbond).

5. Vزر. Alkmaar 29 augustus 2003, LJN: A11606 (KPN/Multikabel).

6. Vزر. Haarlem 11 juli 2005, LJN: AT9082 (KPN/Casema). Eveneens Vزر. Haarlem 24 november 2005, LJN: AU6845 (KPN/Pretium).

7. Vزر. Haarlem 16 december 2005, LJN: AU8231 (KPN/Pretium).

8. Vزر. Rotterdam 8 september 2005 (Pretium/KRO), een gescande versie van het vonnis is te vinden op http://www.boek9.nl/weblog2/images/2005-09-08_pretium_-_kro.pdf

6. Hoe duidelijk is nu de in deze zaak gehanteerde “zesde deel van een homepage”? Op zich volstrekt helder.⁹ Geen schermgrootte, resolutie of browserinstelling die enige invloed heeft op dit zesde deel: onder alle omstandigheden blijft dit een zesde deel. De uitvoering is minder eenvoudig. Hiervoor is nodig dat aangegeven wordt dat de rectificatietekst bij wisselende content steeds 1/6 deel blijft. Als deze nl. gefixeerd zou worden, is na de toevoeging van een enkele zin op de homepage de rectificatietekst minder dan 1/6 deel (en is een dwangsom verschuldigd). Deze dynamiek van homepages kan ondervangen worden door bijvoorbeeld van een ‘rectificatieframe’ aan te geven dat op basis van de op enig moment aanwezige overige content steeds berekend wordt dat dit frame een 1/6 deel beslaat. Niet alleen lastig implementeerbaar, maar bovendien niet eenvoudig integreerbaar binnen een op een homepage gehanteerde opmaak. Het vonnis was dus in de letterlijke betekenis uitvoerbaar, zij het met moeite.

7. Klemmender is dat de fixeerde aanduiding 1/6 deel voor het dynamische begrip homepage tot onevenredige en onredelijke uitkomsten kan leiden. Zo zou gezien de huidige homepage van de telecomaanbieder Pretium¹⁰ dit bijvoorbeeld betekenen dat de rectificatietekst het *hele scherm* beslaat, of bij bepaalde instellingen zelfs meer dan het hele scherm.

8. Dit *kan* de rechter eenvoudigweg niet bedoeld hebben, dat de omvang van de rectificatietekst fluctueert afhankelijk van de hoeveelheid content die aangeboden wordt. Niet verwonderlijk dat de insteek van Tiscali het zichtbare deel van de homepage was. In dat geval wijzigt bij wisselende content een zesde deel niet.

9. De rechter in het eerdere geding zag zich overigens geconfronteerd met een onuitvoerbare eis. In de oorspronkelijke dagvaarding van KPN was een plaatje opgenomen waarop een aantal personen vijf Billboards met korte teksten als ‘Geen KPN meer nodig’ en ‘Supersnel ADSL’ omhoog hielden. Met de beste wil van de wereld is niet duidelijk hoe een rectificatietekst van iets meer dan 50 woorden “in het lettertype en in de grootte identiek aan de mededeling zoals hiervoor onder punt 9 sub a weergegeven” kan zijn. Die mededeling was het zojuist beschreven plaatje.

10. De rechter kwam dus met een eigen invulling (1/6 deel) die ongelukkig uitpakte. Zoals hierboven aangegeven, wordt door rechters de wijze van een rectificatie op internet veelal niet evident aangeduid. Een landelijke richtlijn of standaardcriterium lijkt hier op zijn plaats en zou voorkomen dat iedere rechter zelf een omschrijving formuleert dan wel een eerder (foutief?) gebruikte overneemt.

11. In ieder geval dienen advocaten en rechters zich meer bewust te zijn van het feit dat waar het rectificaties betreft het internet niet hetzelfde is als een (elektronische) krant. Of nu voor een link bovenaan de homepage wordt gekozen of een kader met de eigenlijke tekst, steeds moet aangegeven worden van welk scherm wordt uitgegaan (bijvoorbeeld 17”), welke resolutie (bijvoorbeeld 1024 bij 768),

9. Ik laat even buiten beschouwing dat bij sommige sites er zogenaamde introductiepagina’s zijn die bijvoorbeeld een taalkeuze geven (bijvoorbeeld www.hrd.nl) en er dan weer discussie mogelijk is over wat nu precies als homepage moet gelden.

10. <http://pretium.nl>

en welke browser-instellingen. Ook denkbaar is meer generiek aan te geven dat een link (bij kader met tekst is dit al lastiger) bovenaan de pagina moet worden opgenomen waarbij de tekst dient aan te sluiten bij de overige tekst op de website. Dit laatste zal echter weer tot onduidelijkheid aanleiding kunnen geven.

12. Nu de KPN er zo op hamerde dat onder homepage bij een rectificatie ook het niet-zichtbare deel dient te worden verstaan, is de verleiding groot de rectificatietekst dan ook maar op dit niet-zichtbare deel te zetten. Voor een ieder is echter duidelijk dat hiermee geen recht gedaan wordt aan de aard van een rectificatie. Ook illustreert dit waarom gezien de ongetwijfeld onbedoeld ongelukkige aanduiding “een zesde deel van de homepage”, de met de geest van het vonnis strekkende interpretatie (het zichtbare deel) het meest in de rede ligt. We kunnen het met de opening van de advocaat van KPN dan ook eens zijn, maar op andere gronden: KPN had de uitleg zoals door Tiscali voorgesteld moeten volgen. Gelukkig deed KPN dit niet en is er weer een interessante uitspraak aan het internetrecht toegevoegd.

A.R. Lodder¹¹

11. Arno Lodder is sectiehoofd IT recht Computer/Law Institute en directeur van het Centre for Electronic Dispute resolution.

**2. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 9 maart 2006
Flickr
LJN-nummer AV4204**

Auteursrecht, creative commons licentie, privacy

Het weekblad Weekend plaatst foto's van de site Flickr in haar blad. Indien derden deze foto's willen gebruiken is een Creative commons licentie van toepassing, die onder andere bepalen dat in dit geval toestemming van de auteursrechthebbende is vereist.. Dat Audax door de mededeling 'This photo is public' op het verkeerde been is gezet (en daardoor geen kennis heeft genomen van de inhoud van de Licentie), is niet onbegrijpelijk, maar er mag van haar als professionele partij worden verwacht dat zij een goed en nauwkeurig onderzoek verricht alvorens zij foto's die afkomstig zijn van het internet afdruckt in het blad Weekend.

Een van de licentievoorwaarden bepaalt – kort gezegd – dat de gebruiker het werk niet voor commerciële doeleinden mag gebruiken. De commerciële waarde van de vier foto's is echter gering te achten, nu zij reeds op internet voor eenieder toegankelijk zijn.

Het privacybelang van eisers speelt hier geen rol nu de foto's al op het internet openbaar zijn gemaakt en eisers veelvuldig in de publiciteit treden (traden) en het 'neutrale' foto's betreft.

1. Een goede jurist stelt licentieovereenkomsten op waarover nooit geprocedeerd hoeft te worden. Toch is er soms behoefte aan een principe-uitspraak over de houdbaarheid van licenties, zeker als het gaat om nieuwe licentievormen zoals Creative Commons (CC).¹ CC staat voor een omgekeerde aanpak van auteursrecht: alle openbaarmakingen en verveelvoudigingen dienen, geheel in de internet-spirit in beginsel toegestaan te zijn.² Wie zijn werk onder één van de CC licenties uitbrengt, kan verkrijgers dan ook slechts een drietal standaardbeperkingen opleggen. Zo kan men het maken van bewerkingen verbieden, of juist eisen dat bewerkingen ook weer onder een CC licentie worden uitgebracht. CC licenties worden echter niet expliciet aanvaard. Men publiceert simpelweg het werk en vermeldt daarbij de gewenste licentie.

2. Ex-Veronica DJ en 'podfather' Adam Curry had de eer de eerste te zijn om te onderzoeken of Creative Commons standhoudt bij de rechter. Curry biedt zijn fotocollectie aan via de online fotopublicatiesite *Flickr*, en had deze voorzien van een CC licentie die commercieel gebruik verbiedt.³ Tijdschrift *Weekend* ontdekte

1. 'Creative Commons-licenties in het auteursrecht: common sense?' in: M. de Cock Buning, E.H. Hondius, & J.J. Brinkhof (red.), *Internationaal contracteren, feestbundel voor Willem Grosheide*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 239-246.

2. N.A.H. Hendriks, 'Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht', *AMI* nr. 1, jan./febr. 2006, p. 1-7.

3. Zie <<http://www.flickr.com/photos/adamc1999/>>, laatst gecontroleerd 18 november 2008.

de collectie en publiceerde een paar leuke foto's bij een artikel onder de typerende kop "Zo leven Patricia Paay en Adam Curry voor de buitenwereld". Nu is optreden tegen roddeljournalistiek normaal gesproken lastig, maar in dit geval stond Curry een stuk sterker: men schond immers het auteursrecht op de door hemzelf genomen foto's door de CC licentiebepalingen niet na te leven.

3. Audax, uitgever van Weekend, meende dat zij gerechtigd was tot de publicatie, omdat de foto's vrijelijk op het Internet te vinden waren en er ook nog eens "This photo is public" stond bij elk van de overgenomen foto's. De licentie zou moeilijk te vinden zijn en daarmee niet van toepassing zijn. Terecht veegt de rechter dat verweer van tafel. De aanduiding "This photo is public" geeft uitsluitend aan dat de foto voor een ieder te zien is, in plaats van tot een privécollectie te behoren. Bovendien heeft een professionele partij zoals uitgever Audax een onderzoekspllicht. Een tijdschrift kan niet zomaar foto's van Internet plukken en afdrucken.

4. Audax wordt dan ook aan de CC licentiebepalingen gehouden: "uitgangspunt is dat het auteursrecht op de vier foto's bij [Curry] berust en dat de foto's, door plaatsing op [Flickr], onder de werking van de [Creative Commons] Licentie vallen." Audax heeft zich echter niet aan de licentie gehouden door niet te melden dat deze van toepassing was en natuurlijk door de foto's commercieel te exploiteren. Audax krijgt dan ook een verbod met dwangsom opgelegd om de foto's nog te publiceren tenzij men zich daarbij ten volle aan de CC licentie houdt. Tot zover niets bijzonders.

5. Wel bijzonder is de manier waarop de voorzieningenrechter omgaat met de schadebepaling. Curry heeft geen schade, nu hij de foto's zelf gratis aanbiedt via Flickr waardoor de "commerciële waarde" van de foto's gering zou zijn geworden. Dit lijkt wat kort door de bocht. Foto's worden niet waardeloos omdat ze op Internet staan. Hooguit vervalt daarmee de meerwaarde die een exclusieve licentie zou bieden. Bovendien had Curry het recht op commerciële exploitatie expliciet uitgesloten door zijn licentiekeuze, zodat hij deze exploitatievorm zelf kon uitbaten – of juist, zoals in casu, kon verbieden. *Weekend* had daarnaast nota bene zelf 1500 euro als compensatie voor de geleden schade aangeboden.

6. Toch is deze inschatting niet geheel onterecht. Wie foto's onder Creative Commons licenties plaatst en op Internet aanbiedt, doet dat niet met het primaire doel daar geld mee te verdienen. Eén van de gedachten achter Creative Commons is nu juist dat vrije verspreiding en publicatie toegestaan is, en dat de auteur of maker van het werk langs andere wegen geld verdient.⁴ De terechte vraag is dan welke vermogensschade een Creative Commons-gebruiker lijdt door een licentieschending.

7. Deze schadevraag is overigens niet uniek voor Creative Commons-gebruikers. Ook bij 'ouderwetse' fotografen blijkt het notoir lastig te zijn om de werkelijk geleden vermogensschade te begroten. Vaak wordt dan aansluiting gezocht bij de

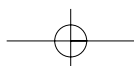
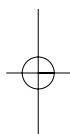
4. L. Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York: Penguin Press, 2004, p. 282-285. Beschikbaar onder Creative Commons licentie op <<http://free-culture.cc/>>, laatst gecontroleerd 17 november 2008.

model-algemene voorwaarden van de Fotografenfederatie, die voorschrijven dat bij publicatie zonder voorafgaande toestemming een vergoeding van drie maal het gebruikelijke tarief verschuldigd is. Deze ‘scrabbleclaim’ (drie maal de woordwaarde) is principieel onjuist – want een verkapte civiele boete waar het recht geen plaats voor biedt⁵ – maar hoe moet het dan wel?

8. Dit vonnis biedt niet echt een antwoord op deze vraag. Het verbod tot publicatie wordt wel gekoppeld aan een dwangsom, zodat Curry in ieder geval bij volgende publicaties van zijn Flickr-foto’s een financiële compensatie kan verlangen. Een schrale troost.

Arnoud Engelfriet⁶

-
5. J.H. Spoor, Dirk Visser & D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Recht en Praktijk 42, Deventer: Kluwer 2005, p. 498-499.
 6. Arnoud Engelfriet is ICT-jurist, gespecialiseerd in internetrecht. Hij werkt als partner bij juridisch adviesbureau ICTRecht.



3. Noot bij Hof Amsterdam 15 juni 2006
ZoekMP3
LJN-nummer AX75791

Auteursrecht, mp3, zoekmachine, inbreukmakend openbaargemaakte bestanden

Het is onrechtmatig om een in mp3-muziekbestanden gespecialiseerde zoekmachine aan te bieden, indien aannemelijk is dat daarmee overwegend inbreukmakend openbaargemaakte, populaire mp3-bestanden worden gezocht en gevonden, en men structureel geld verdient met het vindbaar maken van zulke onrechtmatig openbaargemaakte muziekbestanden.

(art. 6:162 BW)

1. Hetzelfde hof dat eerder in een obiter dictum oordeelde dat de aanbieder van het peer-to-peer programma Kazaa niet onrechtmatig handelde, omdat de software ‘niet uitsluitend’ werd gebruikt voor het verspreiden van onrechtmatig openbaar gemaakte bestanden,² vindt nu dat het aanbieden van een zoekmachine (‘Zoekmp3’) die is gespecialiseerd in het vinden van mp3-muziekbestanden wél onzorgvuldig is. Dit lijkt merkwaardig, aangezien het p2p-programma niet alleen een zoekmachine bevatte, maar ook nog eens een applicatie waarmee onrechtmatig aangeboden mp3-bestanden via het internet werden verspreid. Het moge duidelijk zijn dat deze arresten moeilijk met elkaar te rijmen zijn. De rechter in eerste instantie volgde nog min of meer het Kazaa-precedent van het Amsterdamse hof en oordeelde ten gunste van de zoekmachine-aanbieder.³ De rechtbank liet zich daarbij ook verregaand inspireren door de conclusie van A-G Verkade bij het Kazaa-arrest van de Hoge Raad waarin de A-G, die zich i.t.t. tot de Hoge Raad inliet met materieelrechtelijke aspecten, betoogde dat Kazaa vrijuit moest gaan.⁴ Het hof slaat in de bovenafgedrukte uitspraak een andere weg in en stoft blijkens het dictum de doctrine van het onrechtmatig ‘bevorderen van auteursrechtinbreuk’ maar weer eens af.⁵ Op de vraag of een zoekmachine-aanbieder zelf inbreuk maakt wordt niet ingegaan.

2. In beginsel moet men in mp3’s gespecialiseerde zoekmachines kunnen aanbieden en daarmee winst kunnen nastreven, zo vangt het hof aan. Dat een zoekma-

1. Deze noot is eerder verscheen in AMI 2006, p. 173.
2. Hof Amsterdam 31 januari 2002, Mediaforum 2002, p. 188 (Kazaa/BUMA).
3. Rb. Haarlem 12 mei 2004, AMI 2004, p. 185 (ZoekMP3).
4. Afgedrukt bij HR 19 december 2003, AMI 2004, p. 9 (Buma/Kazaa).
5. Deze leer is gebaseerd op een arrest van de Hoge Raad van een halve eeuw geleden. Sindsdien is ze een enkele maal door een lagere rechter toegepast. HR 8 maart 1957, NJ 1957, 271 (Buma/De Vries). Zie hierover J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 404-405. Zie ook voornoemde conclusie van A-G Verkade bij het Kazaa-arrest. Verkade acht dit precedent niet van toepassing op Kazaa, met name omdat Kazaa geen zeggenschap had over hetgeen gebruikers met het p2p-programma deden.

chine-uitbater kan weten dat veel van de met zijn dienst gevonden muziekbestanden inbreukmakend op het internet zijn gezet, maakt hiervoor geen verschil. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan het onrechtmatig zijn om een zoekmachine aan te bieden. Vervolgens neemt het arrest een wending die in tegenspraak lijkt met deze uitgangspunten. Omdat er inkomsten werden gegenereerd met de zoekmachine, terwijl de dienst aanbieder wist dat er vooral muziekbestanden mee werden gezocht – en gevonden – die zonder de benodigde licentie waren openbaargemaakt, parasiteerde hij ‘structureel’ en onrechtmatig op de prestaties van rechthebbenden, aldus de rechter. Zoekmp3 verdiende geld met het plaatsen van advertenties en met de verkoop van ring tones – overigens blijkbaar mét de benodigde licenties. Beide inkomstenbronnen zouden groter zijn naarmate de website meer bezoekers trok. De site zou méér hits hebben wanneer populair en overwegend onrechtmatig aangeboden (top 40) materiaal kon worden gevonden, waarmee de zoekmachine-uitbater baat had bij het vindbaar maken van zulke bestanden, en dat wist. Dat is volgens het hof onzorgvuldig, omdat de ‘fundamentele belangen’ van rechthebbenden erdoor in het geding komen – wederom een lang niet gehoorde frase uit vermeend voorbije tijden.

3. Het hof wil in mp3’s gespecialiseerde zoekmachines niet onmogelijk maken, maar doet dat in feite wel. Volgens deze uitspraak zijn commercieel uitgebate, gespecialiseerde mp3-zoekmachines onrechtmatig, zolang het meeste populaire repertoire in strijd met het auteursrecht in het mp3-format op het internet is gepubliceerd en daarom aannemelijk is dat veel zoekers de machine gebruiken om ‘illegale’ mp3’s te vinden. Dat er ook veel mét toestemming van de makers openbaargemaakte, maar wellicht minder populaire mp3-bestanden op internet beschikbaar zijn waarvoor een zoekmachine een nuttige toepassing kan zijn – en waarvan de rechthebbenden ongetwijfeld graag willen dat ze worden gevonden – laat het hof buiten beschouwing. Wanneer het hof zijn Kazaa-precedent had toegepast, zou de zoekmachine-aanbieder waarschijnlijk op deze grond zijn vrijgesproken.

4. Algemene zoekmachines, zoals Google, worden door de uitspraak wellicht niet geraakt. Hoewel ook met Google zonder licentie openbaargemaakte mp3’s kunnen worden gevonden en de zoekmachine-uitbater dat weet, en deze zoekmachine, net als Zoekmp3, inkomsten verwerft uit advertenties, parasiteert ze, in de ogen en woorden van het hof, mogelijk niet ‘structureel’ op rechthebbenden. Google wordt immers ook veel gebruikt om rechtmatig gepubliceerde werken te vinden. Vermoedelijk zou het de winst niet substantieel beïnvloeden, als er geen enkel inbreukmakend bestand meer mee kon worden gevonden.⁶ Maar het blijft gissen naar wat het hof precies bedoelt met ‘structureel’ profiteren. Zo roept de uitspraak vragen op over de positie van internet access providers die goede zaken doen met de verkoop van breedbandinternet. Totnogtoe bieden rechthebbenden zelf relatief weinig grote (hoofdzakelijk film-) bestanden aan. Voor gebruikers is

6. Zo komt het internet Bargoens voor gekraakte software – ‘warez’ – dat enkele jaren geleden nog hoog in de top 10 van meest gezochte woorden stond, daar niet meer in voor.

een 1,5 Mb/s verbinding daarom vooral nuttig om inbreukmakend openbaargemaakte bestanden snel te kunnen down- en (via p2p-systemen) uploaden. Breedband access providers kunnen worden geacht dit te weten. Het feit dat veel inbreukmakend materiaal beschikbaar is voegt ongetwijfeld waarde toe aan hun dienst, waarvoor abonnees ook willen betalen. Maken zij daarom welbewust en 'structureel' gebruik van de beschikbaarheid van zonder de benodigde toestemming aangeboden werken en handelen zij op die grond onrechtmatig? Hoe dit ook zij, in ieder geval kunnen ze door art. 6:196c BW nooit aansprakelijk worden gehouden voor de schade.

5. De aanname dat het business model van Zoekmp3 was gebaseerd op het vindbaar maken van onrechtmatig openbaargemaakt repertoire, lijkt beslissend. Misschien liet het hof zich inspireren door de Grokster-uitspraak van het Amerikaanse oppergerechtshof. Daarin werd uitgemaakt dat partijen die inbreuk faciliteren onrechtmatig kunnen handelen, indien ze de intentie hebben om die inbreuk ook te bevorderen.⁷ Dat het bedrijfsmodel van een partij leunt op inbreuk door anderen kan volgens Supreme Court dienen als aanvullend bewijs voor een dergelijke intentie. Maar voor de Amerikaanse rechter is het voeren van zo'n business model op zichzelf niet genoeg voor het aannemen van een kwade opzet en daarmee voor onrechtmatig handelen. Hiervoor zijn uitlatingen van gedaagde nodig waaruit diens subjectieve bedoeling om inbreuk te bevorderen moet blijken. Conform het bovenafgedrukte arrest kan een dergelijk bedrijfsmodel in Nederland daarentegen wél voldoende zijn voor een veroordeling. Daarmee is Nederland, dat na 's hofs Kazaa-arrest enige tijd een van de meest tolerante jurisdicties was jegens partijen die zelf geen inbreuk maken, maar inbreuk faciliteren, een van de minst tolerante geworden.

6. Vermoedelijk zou Kazaa onder de nu door het hof geformuleerde criteria niet aan een veroordeling kunnen ontkomen. Als gezegd bevatte de Kazaa-programmatuur een zoekmachine – waarvan net zo waarschijnlijk is dat er vooral inbreukmakende mp3-bestanden mee werden gezocht en gevonden – en ook van de p2p-aanbieder kan worden betoogd dat hij bewust en 'structureel' geld verdiende over de rug van auteursrechthebbenden. Toch is er weldegelijk verschil tussen het p2p-programma en de zoekmachine die hier in het geding is. Bij de beoordeling van p2p-programma's, zoals Kazaa, waarvan de functies zijn 'gedistribueerd' waardoor de p2p-aanbieder – beweerdelijk – geen invloed kan uitoefenen op hetgeen gebruikers ermee doen, d.w.z. op wat ermee wordt gevonden of doorgegeven, staan rechters voor een alles-of-niets keuze. Óf ze staan de programma's toe, óf ze verbieden ze. Bij zoekmachines is daarentegen een tussenoplossing mogelijk.

7. De rechter in eerste instantie paste deze tussenoplossing ook toe en ze is eveneens neergelegd in de Amerikaanse auteurswet. Een zoekmachine-aanbieder die (door een kennisgeving) weet of moet weten dat een referentie in zijn databank

7. MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 US, 125 S. Ct. 2764 (2005); zie hierover K.J. Koelman, 'MGM vs Grokster – AKA Auteursrecht vs Techniek', Computerrecht 2005, p. 247-254.

leidt naar inbreukmakend openbaargemaakt materiaal, moet die referentie verwijderen. Doet hij dat niet, dan kan hij onrechtmatig handelen en aansprakelijk worden gehouden.⁸ Toen zij de Richtlijn elektronische handel implementeerden, legden sommige Europese landen iets dergelijks wettelijk vast voor aanbieders van hyperlinks, waaronder eventueel ook zoekmachine-aanbieders kunnen worden begrepen die immers lijsten met links aanleveren.⁹ Dat het een voor recht-hebbenden bevredigende oplossing kan zijn, kan blijken uit het feit dat Zoekmp3 er de brui aan gaf enkele weken nadat het vonnis in eerste instantie was gewezen en de muziekindustrie aankondigde lijsten met verwijzingen naar onrechtmatig openbaargemaakte bestanden te zullen opsturen. Blijkbaar zou het teveel gedoe en te duur zijn om de referenties te wissen en zou het business model niet langer rendabel zijn.

8. In de Verenigde Staten is een zoekmachine-aanbieder wettelijk pas aansprakelijk, als hij weet of moet weten dat hij een bijdrage levert aan een specifiek geval van inbreuk en er niets tegen doet. Het is niet voldoende dat hij in abstracto wetenschap heeft dat hij een bijdrage levert aan inbreuk, ook niet als hij ervan profiteert. In Nederland geldt op grond van art. 6:196c BW hetzelfde voor internet hosting providers¹⁰ en volgens A-G Verkade kon Kazaa niet onzorgvuldig handelen, onder meer omdat ze geen kennis kon hebben van concrete inbreukgevallen. Eiser stelde dat Zoekmp3 haar zoekdatabank deels handmatig vulde en daarom van bepaalde inbreukmakend gepubliceerde mp3's moest weten dat ze ernaar verwees. Ze zou hiermee aan de Amerikaanse en de door Verkade geformuleerde norm voldoen. Het hof wuift dit betoog echter weg. Niettemin lijkt het idee dat deze zoekmachine-aanbieder zijn zoekdatabank niet automatisch – door een zoekrobot – liet vullen en daarom vuile handen had, toch van invloed. Kennelijk maakt het hof uit het feit dat Zoekmp3, behalve de naam en locatie van een bestand, zoals iedere zoekmachine doet, ook de kwaliteit (bit rate) ervan bij de zoekresultaten vermeldde, op dat ze een actieve rol had. Om deze reden zou de zoekmachine-uitbater niet kunnen worden vergeleken met hosting service providers.¹¹ Als de rechters van het hof echter ooit een mp3-speler hadden gebruikt, hadden ze geweten dat het uitlezen en vermelden van de kwaliteit van een muziekbestand volautomatisch kan gebeuren. Wellicht hadden dergelijke misverstanden kunnen worden voorkomen als gedaagde ook in hoger beroep verweer had gevoerd.

K.J. Koelman

8. Art. 512(d) van de Amerikaanse auteurswet.

9. Zie F. Debussère, 'Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud, een voorstel voor een wettelijke regeling', *Computerrecht* 2006, p. 16-17.

10. Zie ook Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Informatierecht/AMI* 1999, p. 110 (*Scientology/XS4all*); V.zr. Amsterdam 25 april 2002, *Computerrecht* 2002, p. 309 (*Deutsche Bahn/XS4all*); V.zr. Amsterdam 20 juni 2002, *Computerrecht* 2002, p. 311 (*Deutsche Bahn/Indymedia*).

11. Het hof gebruikt hierbij overigens de verkeerde norm. Het verwijst naar een Agreed Statement van het WIPO Verdrag dat over auteursrecht gaat, terwijl de vraag of Zoekmp3 inbreuk maakt door het hof uitdrukkelijk niet wordt behandeld. Een analogie met art. 6:196c BW had meer voor de hand gelegen.

4. Noot bij Hof Arnhem 4 juli 2006
Zoekallehuizen
LJN-nummer AY0089¹

Databankenrecht, auteursrecht, tijdelijke verveelvoudiging, citaat, openbaar maken, hyperlink, omzeilen technische voorzieningen, algemene voorwaarden, onrechtmatige daad

De gegevens op de websites van makelaars zijn geen object van het sui generis databankenrecht, omdat makelaars die gegevens ook zouden verzamelen en op hun websites presenteren, indien zij niet op een exclusief recht konden rekenen. De tijdelijke kopie die een zoekmachine maakt bij het uitlezen van een webpagina is o.g.v. art. 13a Aw geen auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging. Overname t.b.v. een hyperlink kan worden beschouwd als een aankondiging van het werk waarnaar wordt gelinkt, zodat sprake is van een toelaatbaar citaat. Een techniek die gebruik verhindert is niet beschermd o.g.v. art. 5a Dw of art. 29a Aw, indien die techniek tegen één partij is gericht. Bij algemene voorwaarden kunnen de rechten van anderen beperkt, noch de wettelijke beperkingen van het auteursrecht worden opzijgezet. Het negeren van hetgeen een websitehouder kenbaar maakt in een robot.txt-bestandje, is niet onzorgvuldig.

1. Dit is een arrest waarin nogal wat aan de orde komt, zoals de omvang van het sui generis databankenrecht, de vraag of hyperlinks een openbaarmaking oplevert, de bescherming van technische voorzieningen, de vrijstelling van de tijdelijke kopie, de vraag of de beperkingen van het auteursrecht van dwingend recht zijn en de betekenis van het verzachte contextvereiste bij de citaatexceptie. Zoekallehuizen levert een zoekmachinedienst waarmee kan worden gezocht in het woningaanbod dat Nederlandse makelaars op hun websites hebben staan. Daartoe schuimt Zoekallehuizen met een zoekrobot de websites van die makelaars af en stelt ze een zoekdatabank samen waarin de eerste regels van de woningomschrijving, de prijs, het adres en een fotootje van de huizen van die websites worden overgenomen. Een woningzoekende zoekt via de interface van de Zoekallehuizen-website in de databank op bijvoorbeeld prijs en plaats. Hij krijgt dan een lijst met huizen voorgeschoteld die aan de ingevoerde criteria voldoen. Zoekallehuizen vertoont de in de databank opgenomen informatie met daarbij een deeplink die rechtstreeks leidt naar de webpagina van de site van de betreffende makelaar waarop het huis staat. Op aandringen van de NVM, een branchevereniging voor makelaars, maakte een aantal makelaars van wiens websites informatie was overgenomen en naar wiens websites werd gelinkt, daartegen

1. Deze noot is eerder verschenen in AMI 2007, p. 93.

bezwaar. Net als in eerste instantie, worden ze ook in hoger beroep in het ongelijk gesteld.²

Databankenrecht

2. De makelaars stelden allereerst dat hun websites beschermde databanken zouden zijn en dat overname van de gegevens daarom hun databankenrecht schendt. Maar het hof gaat, zich beroepend op het William Hill-arrest van het HvJEG, hierin niet mee.³ De argumentatie daarvoor is op zichzelf overtuigend, maar misschien niet geheel in overeenstemming met de uitspraak van het HvJEG. Volgens het Arnhemse hof is onvoldoende aangetoond dat de makelaars ‘substantieel’ hebben geïnvesteerd in het verkrijgen, controleren of presenteren van de gegevens op hun websites. Die gegevens kunnen daarom geen object zijn van het sui generis databankenrecht. De makelaars zouden de kosten van het verzamelen van de gegevens en het presenteren ervan op hun websites namelijk óók maken, wanneer zij niet op een exclusief recht konden rekenen. Aangezien het sui generis recht beoogt de investeringen in het verzamelen en presenteren van gegevens te stimuleren en in dit geval géén extra stimulans nodig is, kan het recht niet van toepassing zijn, zo redeneert het hof.

3. In William Hill laat het HvJEG inderdaad weten dat met het databankenrecht de productie van databanken moet worden bevorderd.⁴ Maar het Europese hof stelde meer specifiek dat een wedstrijdorganisator bij het bijeenbrengen van wedstrijdgegevens géén kosten maakt die mogen meetellen voor de voor bescherming vereiste substantiële investering, omdat hij die gegevens zelf creëert en niet verzamelt. Als de organisator de wedstrijdschema’s niet zou maken, zouden ze immers niet bestaan – waarmee het HvJEG overigens het databankenrecht demarqueert ten opzichte van het auteursrecht: dat wat is gecreëerd moet bescherming zoeken bij het auteursrecht, dat wat is verzameld moet schuilen onder de vleugels van het sui generis databankenrecht. Verschil met het bovenafgedrukte geval is dat de makelaars de gegevens over de huizen weldegelijk verzamelen en niet zelf creëren. Indien anderen de gegevens zouden compileren, zouden de huizen bijvoorbeeld nog steeds hetzelfde woonoppervlak en aantal verdiepingen hebben. Oftewel, de gegevens bestaan ook zonder de tussenkomst van de makelaars die ze daarom niet kunnen hebben gecreëerd. Mogelijk heeft het Arnhemse hof het HvJEG niet helemaal goed begrepen. De Nederlandse rechter lijkt de zogenaamde spin-off-theorie toe te passen,⁵ terwijl de Europese die theorie lijkt af te wijzen en slechts stelt dat moet worden aangetoond dat (substantieel) is geïnvesteerd in het verzamelen van de gegevens in plaats van in de creatie ervan.⁶

2. Zie voor het vonnis in eerste instantie Rb. Arnhem 16 maart 2006, AMI 2006, p. 93.

3. HvJEG 9 november 2004, AMI 2005, p. 27.

4. Zie overweging 30 van het arrest.

5. Waarover P.B. Hugenholtz, ‘De spin-off theorie uitgesponnen’, AMI 2002, p. 161-166.

6. Zie overweging 35 van het arrest.

Tijdelijke verveelvoudiging

4. Het beroep op het databankenrecht wordt afgewezen. De makelaars probeerden het daarna met het auteursrecht. Zoekallehuizen zou te verbieden verveelvoudigingen maken. Wie een website bezoekt, gaat er in feite niet naartoe, maar haalt in plaats daarvan de webpagina's juist naar zich toe. Iedere pagina wordt gedownload en tijdelijk opgeslagen op de eigen computer – de kopie die daarbij wordt gemaakt wordt een 'cache-kopie' genoemd. Een zoekrobot moet hetzelfde doen om pagina's te kunnen uitlezen en gedeeltes eruit te kunnen overnemen en indexeren in zijn zoekdatabank. Volgens het hof is de kopie die een zoekmachine daarbij maakt op grond van artikel 13a Aw niet auteursrechtelijk relevant.⁷ Er is sprake van een 'tijdelijke reproductie die van voorbijgaande of incidentele aard is, die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezit.' De rechter impliceert dat het betreffende gebruik 'rechtmatig' is in de zin van artikel 13a Aw.

5. De bepaling is gebaseerd op artikel 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn. In de woorden van de richtlijn moet de tijdelijke verveelvoudiging 'geoorloofd' gebruik ten doel hebben om geen inbreuk op te leveren. Overweging 33 van de richtlijn zegt daarover: 'Het gebruik wordt als geoorloofd beschouwd indien het door de rechthebbende is toegestaan of niet bij wet is beperkt [dat wil zeggen niet op grond van het auteursrecht kan worden verboden].' In casu is er geen uitdrukkelijke toestemming van de rechthebbende – wellicht kan worden betoogd dat er een impliciete is; wie iets op het internet zet, wil in beginsel immers graag worden gevonden – en er is ook geen beperking van het recht van toepassing. Dat kan betekenen dat de verveelvoudiging in dit geval onder het auteursrecht moet vallen.⁸ Maar indien dit inderdaad de bedoeling zou zijn van artikel 5 lid 1, kan de bepaling worden geschrapt. Ook zonder deze bepaling zou de tijdelijke verveelvoudiging immers geen inbreuk opleveren, indien hij niet onder het auteursrecht

7. Zie over deze bepaling C.B. van der Net, 'De Auteurswet gewijzigd: Artikel 13a Aw', AMI 2005, p. 168-170. In twee recente Duitse uitspraken werd een beroep op de bepaling afgewezen, omdat het gebruik niet 'tijdelijk' genoeg zou zijn. LG Braunschweig 7 juni 2006: "Online-TV-Rekorder urheberrechtswidrig" (Az.: 9 O 869/06 (148)), beschikbaar op <http://www.affiliateundrecht.de/lg-braunschweig-tv-online-rekorder-urheberrechtswidrig-9-O-869-06.html>; OLG Hamburg 7 juli 2005: "streaming-Aufnahmen urheberrechtswidrig" (Az.: 5 U 176/04), beschikbaar op <http://www.affiliateundrecht.de/olg-hamburg-streaming-aufnahmen-urheberrechtswidrig-5-U-176-04.html>.

8. Een Deense lagere rechter oordeelde dat een tussenpersoon op internet via wiens apparatuur (routers) 'illegale' mp3's worden doorgegeven waarbij (delen van) die bestanden enkele milliseconden worden vastgehouden, op welke handeling artikel 5 lid 1 van de richtlijn eveneens van toepassing kan zijn, geen beroep op de bepaling kon doen. Ze zou alleen gelden wanneer de doorgegeven bestanden rechtmatig – met toestemming van de rechthebbende – op internet zijn gezet. Uiteraard is dit een kwestie waarover het HvJEG het laatste woord heeft. Rb. Kopenhagen 2 november 2006 (IFPI vs. Tele2), een Engelse vertaling is beschikbaar op: <http://piratgruppen.org/spip.php?article750>.

valt of de rechthebbende hem toestaat.⁹ Omdat artikel 13a Aw in deze uitleg betekenisloos zou zijn voor wat betreft de tijdelijke verveelvoudiging voor rechtmatig gebruik en omdat dezelfde overweging van de richtlijn stelt dat de bepaling ‘caching’ mogelijk moet maken – al wordt daarbij gezegd dat het alleen mag onder de voorwaarden die in de bepaling worden genoemd – lijkt het redelijk om aan te nemen dat het Arnhemse hof het bij het rechte eind heeft en dat deze tijdelijke kopie inderdaad geen inbreuk oplevert.

Citaat

6. De cache-kopie valt niet te verbieden, maar Zoekallehuizen neemt in haar databank gegevens over van de websites en korte gedeeltes van de woningbeschrijving die beschermd kunnen zijn onder de geschriftenbescherming. Bovendien wordt steeds een foto van het object overgenomen die wel zeker onder het auteursrecht valt. Ook tegen deze verveelvoudigingen kunnen de makelaars echter niets doen. Het hof past het gemakkelijker te vervullen ‘contextvereiste’ van de vernieuwde citaatexceptie toe, waardoor een citaat toelaatbaar is, als hij wordt gebruikt in een ‘aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel’. De rechter oordeelt dat de overname door Zoekallehuizen kan worden vergeleken met citeren uit een werk t.b.v. een aankondiging ervan; er wordt immers aangekondigd wat de bezoeker te zien krijgt als hij de hyperlink volgt. Al voordat het contextvereiste uitdrukkelijk werd verruimd, oordeelde een lagere rechter dat een dergelijke overname in verband met een hyperlink onder de citeerexceptie kan vallen.¹⁰ Ook aan de overige vereisten van artikel 15a Aw is volgens het hof voldaan. Vermeldenswaardig is dat het hof impliceert dat het verkleinen van de foto’s zodanig dat ze in het format passen van de website van Zoekallehuizen, geen wijziging is waartegen de auteur zich redelijkerwijs kan verzetten, zodat zijn persoonlijkheidsrecht niet wordt geschonden.

Openbaar maken

7. De makelaars betoogden nog dat het aanbrengen van een deeplink een te verbieden openbaarmaking oplevert. Zij hadden dieplinken technisch onmogelijk gemaakt waardoor de dieper gelegen pagina’s van hun sites alléén via hun homepages bereikbaar waren. Ze pleitten blijkbaar dat Zoekallehuizen door die tech-

9. Vgl. ook de MvT, Kamerstukken II, 2001–2002, 28 482, nr. 3, p. 38: ‘Van rechtmatig gebruik is sprake indien het door de rechthebbende is toegestaan (bijvoorbeeld al dan niet uitdrukkelijk is gelicentieerd), indien het onder een wettelijke beperking valt dan wel indien het niet bij de wet is beperkt (dus bijvoorbeeld het enkele lezen of luisteren, handelingen die niet als verveelvoudigen of openbaar maken zijn aan te merken).’ De bepaling is van toepassing is als een (andere) uitzondering toepasselijk is, er toestemming is van de rechthebbende of de handeling in het geheel niet exclusief aan de auteur is voorbehouden. Uiteraard zou de gebruiker ook indien artikel 13a Aw niet bestond, in al deze gevallen geen inbreuk maken.

10. Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, AMI 2000, p. 207 (kranten.com).

niek te omzeilen en er rechtstreeks naar diep te linken, openbaar maakte zonder de benodigde (impliciete) toestemming. Het hof oordeelt echter dat de techniek niet was gericht tegen openbaar maken als zodanig – de makelaars maken de pagina's immers zelf al op het internet openbaar – maar slechts tegen het aanbrengen van deeplinks. Met het doorbreken van de technische blokkade werden de pagina's daarom niet bereikbaar voor een 'nieuw publiek', zodat er geen sprake was van een nieuwe, opnieuw te verbieden openbaarmaking. Een half jaar na dit arrest liet het HvJEG weten dat er inderdaad sprake kan zijn van een nieuwe, secundaire openbaarmaking, als er een 'nieuw publiek' wordt aangeboord.¹¹

Bescherming technische voorzieningen

8. Het volgende anker waarvoor de makerlaars gingen liggen was dat van de bescherming van technische voorzieningen. Het hof had zich daar gemakkelijk vanaf kunnen maken. Blijkens het arrest hadden de makelaars zich beroepen op het omzeilingsverbod van artikel 5a Dw. De rechter had al geoordeeld dat de inhoud van de websites geen object kan zijn van het databankenrecht. Daarom kan de bescherming van technische voorzieningen die handelingen verhinderen t.a.v. databanken onmogelijk van toepassing zijn, zodat het argument op deze grond reeds moest afketsen. Niettemin gaat het hof na of een mechanisme dat verhindert om vanaf een bepaald IP-adres een website te benaderen, een 'technische voorziening' is in de zin van de wet. Uit het arrest valt op te maken dat de makelaars hun websites zo hadden ingesteld dat de toegang ertoe automatisch werd geweigerd, indien werd geprobeerd op de site te komen vanaf het adres van Zoekallehuizen. Op deze manier probeerden ze de zoekrobot ervan te weerhouden op hun sites te komen en gegevens over te nemen. Zoekallehuizen omzeilde de blokkade echter door via andere adressen de websites te bezoeken. Volgens het hof is een techniek die slechts is gericht tegen één partij geen technische voorziening in de zin van de wet en levert het gebruik van andere, niet-geblokkeerde IP-adressen om die site toch te bereiken, daarom géén verboden omzeiling op. Misschien bedoelt het hof dat de maatregel in dit geval kennisname (door Zoekallehuizen) van de pagina's verhinderde en dat technieken die geen handeling verhinderen die onder een exclusief recht valt, zoals het raadplegen van een pagina, wettelijk niet zijn beschermd.¹²

Algemene voorwaarden

9. Met exclusieve of andere wettelijke rechten kregen de makelaars hun zin niet. Een volgend argument was dat dieplinken en overname van de gegevens in de aan hun site hangende algemene voorwaarden werd verboden. De zoekmachine-aanbieder zou wanprestatie leveren door in strijd daarmee te handelen. Het hof oor-

11. HvJEG 7 december 2006, AMI 2007, p. 50 (SGAE/Rafael Hoteles).

12. Handelingen II, 11 februari 2004, p. 50- 3346; zie hierover K.J. Koelman. 'De Auteurswet gewijzigd: Artikel 29a Aw', AMI 2005, p. 198.

deelt echter dat bij algemene voorwaarden de rechten van anderen beperkt, noch de wettelijke beperkingen van het auteursrecht opzijgezet kunnen worden. Nu zij geen exclusief recht hebben op grond waarvan dergelijke links kunnen worden verboden, kunnen de makelaars dat ook niet doen op basis van het contractenrecht.

10. Sommige geleerden hebben betoogd dat de beperkingen inderdaad niet bij algemene voorwaarden (behoren te) kunnen worden 'weggecontracteerd'.¹³ Hugenholtz meent dat bepaalde beperkingen, waaronder de citeerexceptie, ook met 'gewone' contracten niet buitenspel kunnen worden gezet.¹⁴ Spoor, Verkade en Visser stellen daarentegen dat moet worden aangenomen dat de beperkingen naar geldend recht contractueel kunnen worden opzijgezet.¹⁵ De toelichting bij de wet lijkt dit te bevestigen, maar lijkt tegelijkertijd de rechter ruimte te geven om te oordelen dat beperkingen van dwingend recht zijn.¹⁶ Het hof baseert zich, in navolging van de voorzieningenrechter in eerste instantie, wellicht op het Leesportefeuille-arrest van de Hoge Raad waarin de Raad stelde dat de uitputting van het recht niet kan worden uitgeschakeld door in het colofon van een blad het recht voor te behouden een exemplaar verder te verspreiden.¹⁷ Uiteraard zegt dit geval in beginsel niets over de mogelijkheid om met overeenkomsten méér gebruik uit te sluiten dan men kan op basis van de exclusieve rechten. Indien informatiegebruik dat op basis van de exclusieve rechten niet kan worden verboden, daadwerkelijk evenmin met overeenkomsten kan worden gecontroleerd, dan kunnen bijvoorbeeld alle knowhow-overeenkomsten meteen de prullenbak in.

11. Het was misschien overtuigender geweest, indien de rechter had gezegd dat de algemene voorwaarden misschien het handelen van Zoekallehuizen verbieden, maar dat men door een site te bezoeken nog niet automatisch daaraan hangende en via een link toegankelijke algemene voorwaarden heeft geaccepteerd – al vinden sommige rechters dat professionele partijen weldegelijk op deze wijze kunnen worden gebonden.¹⁸

Onrechtmatige daad

12. Tot slot betoogden de makelaars dat gedaagde onrechtmatig jegens hen handelde. Een voor Nederland nieuw argument was dat zij in een 'robot.txt'-bestand,

13. L.M.C.R. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts, an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (diss.), Deventer: Kluwer 2002.

14. P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?', *Handelingen NJV* 1998-I, p. 239-243.

15. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 219.

16. MvT, *Kamerstukken II*, 2001–2002, 28 482, nr. 3, p. 20: 'Onder de huidige Auteurswet 1912 heeft een beperkt aantal beperkingen, te weten de artikelen 24a, 45j, 45k en 45m in het kader van databanken en computerprogramma's, een dwingendrechtelijk karakter. Voor het overige ware deze vraag aan de rechter over te laten. Afgezien van het feit dat de richtlijn op dit punt niet tot een maatregel dwingt, zouden de ontwikkelingen onnodig kunnen worden belemmerd indien de wetgever thans het dwingendrechtelijk karakter van alle wettelijke beperkingen zou afkondigen. Partijen zouden dan niet of minder de vrijheid zouden hebben op maat gesneden afspraken te maken.'

17. HR 25 januari 1952, NJ 1952, 95; zie ook HR 20 november 1987, NJ 1988, 280; *Informatierecht/AMI* 1988, p. 15 (*Stemra/Free Record Shop*); vgl. verder Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *AMI* 2000, p. 207 (*kranten.com*).

18. Rb. Rotterdam 5 december 2002, *Mediaforum* 2003, p. 109 (*Netwise v. NTS Computers*).

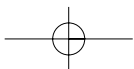
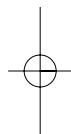
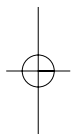
dat is een eenvoudig tekstbestandje, aangaven er geen prijs op te stellen in zoekdatabanken te worden opgenomen. Door dat bericht te negeren zou Zoekallehuizen onzorgvuldig handelen. De rechter stelt terecht dat het enkele feit dat veel zoekmachine's zich houden aan hetgeen websitehouders in robot.txt-bestanden melden, nog niet betekent dat het onrechtmatig is om zulke meldingen in de wind te slaan. Maar als het inderdaad zo is dat de meeste zoekmachine's (automatisch) respecteren wat in dergelijk bestandjes wordt aangegeven, lijkt goed verdedigbaar dat het in strijd kan zijn met de verkeersgebruiken om dat niet te doen.¹⁹ Klaarblijkelijk hadden de makelaars het argument niet overtuigend naar voren gebracht, want het hof wuift het in een paar woorden weg. Maar al hadden zij dat wel gedaan, nu het hof oordeelt dat het al onmogelijk is om bij algemene voorwaarden diepe links of opname in een zoekdatabank te verbieden, zal een mededeling in een robot.txt-bestandje waarschijnlijk ook geen effect kunnen hebben.

13. De makelaars betoogden dat Zoekallehuizen op grond van nog een aantal andere redenen onrechtmatig zou handelen, waarvan het (kennelijke) beroep op de Abfab-uitspraak van de Hoge Raad de interessantste is.²⁰ De Hoge Raad oordeelde dat het onrechtmatig is om een computersysteem tegen de kenbare wil van de eigenaar op afstand te gebruiken. Nu uit de algemene voorwaarden en het robot.txt-berichtje kenbaar was dat geen prijs werd gesteld op opname in een zoekdatabank, kan wellicht worden betoogd dat Zoekallehuizen onrechtmatig handelde door (op afstand) de servers van de makelaars in werking te zetten om de pagina's te downloaden om ze te indexeren. Het hof Arnhem wil hier echter niet aan. Het gaat er in dit verband van uit dat onrechtmatig handelen alléén kan worden gevonden, indien sprake is van een onzorgvuldige gedraging of als de belangen van een anderodeloos worden geschaad. Zoekallehuizen zou zich aan geen van beide hebben bezondigd. Maar in zijn Abfab-arrest baseert de Hoge Raad zich uitdrukkelijk op het exclusieve eigendomsrecht van de eigenaar van het computersysteem: zoals het altijd al een onrechtmatige daad opleverde om een zaak van een ander direct – dat wil zeggen niet op afstand – tegen diens kenbare wil te gebruiken, zo kan ook het op afstand via internet met elektronische pulsen gebruiken van een anders eigendom onrechtmatig zijn, ongeacht of sprake is van onzorgvuldigheid of schade.

K.J. Koelman

19. Vgl. *Field v. Google*, 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006). De Amerikaanse lagere rechter oordeelde dat een websitehouder een zoekmachine-aanbieder geen inbreuk kan verwijten, als de websitehouder in een robot.txt-bestand uitdrukkelijk toestaat dat alle machines zijn gehele website indexeren en ook van andere technieken (zogenoemde 'meta-tags') waarmee aan zoekmachines kan worden duidelijk gemaakt dat op indexering en caching geen prijs wordt gesteld, geen gebruik maakt. A contrario kan hieruit eventueel volgen dat een zoekmachine wél inbreuk kan maken, als hij op dergelijke berichten geen acht slaat.

20. HR 12 maart 2004, RvdW 2004, 46; vgl. V.zr. Rb. 's-Gravenhage 21 juli 2004, AMI 2004, p. 222 (Nationale vacaturebank.nl / CVBank).



**5. Noot bij Rb Den Bosch 30 november 2006
DVD Box¹**

E-commerce, algemene voorwaarden, opzegging lidmaatschap

Geschil over abonnement op erotische DVD's. Rechter oordeelt dat algemene voorwaarden in casu van toepassing zijn. De bepaling 'aanvragen van het welkomstgeschenk van Ber omvat mede de aanmelding als lid van Ber' is niet onredelijk bezwarend, nu uit de pagina's van de website blijkt dat het de aanmelder voldoende duidelijk moet zijn dat hij zich, door zich aan te melden, zowel opgeeft voor het welkomstgeschenk als aanmeldt als lid. Ook de bepaling 'opzegging van het lidmaatschap kan slechts schriftelijk plaatsvinden tegen het einde van een periode van één jaar, mits daarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht wordt genomen' kan niet onredelijk bezwarend geoordeeld worden.

1. Op de site Internetrechtspraak.nl van Tina van der Linden komen meer dan vijf van de 25 uitspraken onder het kopje 'E-commerce' voor rekening van de eiser in deze zaak, veelal opererend onder de naam LIS BV (in casu BER BV). Dit bedrijf opereert fysiek vanuit de Landschaplaan 73 te Emmen en beheert tientallen zo niet honderden porno-sites. Deze sites lijken niet enkel ingericht om de online afnemers met erotische diensten te bedienen, maar zeker ook om door onduidelijke informatieverschaffing en in de algemene voorwaarden opgenomen onredelijk bezwarende bedingen met al dan niet argeloze internetgebruikers overeenkomsten te sluiten. Het bestaan van deze overeenkomsten wordt geregeld betwist door de vermeende afnemers van de diensten dan wel wordt de door LIS BV gewenste inhoud van de overeenkomst aangevochten.

2. Inmiddels zijn er tientallen zaken gevoerd, in meerderheid verloren door LIS BV. Het stramien is doorgaans dat er een gratis proefperiode gevolgd wordt door een betaald abonnement (veelal van honderden euro's per jaar), tenzij per aangetekende post binnen tien dagen wordt opgezegd. LIS BV wacht vervolgens geruime tijd tot de te vorderen som voldoende is opgelopen. Het feit dat vrijwel alle zaken door LIS BV worden verloren doet vermoeden dat er ook vrij veel 'slachtoffers' onder dreiging van een rechtszaak besluiten om toch maar tot betaling over te gaan.

3. Voor het recht rond de elektronische handel zijn deze zaken interessant, omdat daarin uitleg wordt gegeven aan bepalingen afkomstig uit de Wet overeenkomsten op afstand en de Wet elektronische handel. Voor enkele voorbeelden van eerdere zaken verwijs ik naar de genoemde overzichtssite.

4. In de onderhavige zaak stak de procedure iets anders in elkaar dan de gebruikelijke online proefabonnementen die behoudens per aangetekende post gedane

1. Deze noot verscheen eerder in Computerrecht 2007, nr. 2.

opzegging na 10 dagen overgaan in een Gold of Platinum Membership voor 149 euro per drie maanden.

5. Op de site butterfly.nl worden DVD boxen aangeboden. Een abonnee krijgt iedere drie maanden een door het bedrijf geselecteerde DVD box voor 70 euro met een winkelwaarde van bijna (?) 100 euro. De abonnee moet daarnaast aan het begin van zijn lidmaatschap 15 euro administratiekosten betalen. Ook verzendkosten (7,50 euro) alsmede verpakkings- en verzekeringskosten (2,50 euro) worden in rekening gebracht. Op het eerste gezicht helder, maar door de toevoeging dat deze laatste bedragen zijn gebaseerd op het prijspeil januari 2002 en stijgingen van de kosten na januari 2002 doorberekend kunnen worden, is hiermee zeker anno 2007 (het moment dat ik de voorwaarden bekeek) sprake van een eerste schending van een informatieplicht, namelijk duidelijk en ondubbelzinning vermelden van de leveringskosten (art. 7:46c sub 1 lid d BW), alsmede het vergelijkbare art. 3:15d lid 2 BW. Ook toen de zaak van de uitspraak speelde, begin 2004, lijkt me vanwege de nog niet doorgevoerde actualisering van het prijspeil sprake van schending van informatieplichten. Een dergelijke schending brengt verlenging van de bedenkttermijn ofwel het wettelijk recht van retour (7:46 d lid 1 BW) mee tot 3 maanden.

6. Er is hier sprake van het leveren van diensten, nl. het met regelmaat (laten) bezorgen van een DVD Box. In art. 7:46i lid 6 is in navolging van de Richtlijn 97/7/EG bepaald dat deze termijn begint te lopen op het moment dat de overeenkomst gesloten is. Het contracteerproces in de onderhavige zaak is nogal omslachtig. Eerst meldt iemand zich aan en vervolgens wordt een naam en wachtwoord thuisgestuurd. Hierbij zou dan schriftelijke informatie moeten zijn verstrekt over onder andere de uitvoering van de overeenkomst (art. 7:46c lid 2 sub a BW). Dit doet BER BV uiteraard niet, met als enige sanctie dat een bedenkttermijn van 3 maanden geldt. De gebruiker moet vervolgens op de site de na zijn aanmelding per reguliere post toegezonden code invoeren. Pas na deze bevestiging, slim omdat hiermee een link met het fysieke adres waar de code heen gestuurd is wordt gelegd, komt de overeenkomst tot stand.

7. Nadat de afnemer bevestigd heeft, wordt hem 14 dagen gegeven om te beslissen of hij daadwerkelijk lid wil worden. Indien in de tussentijd de gratis box afgeleverd mocht zijn, dan moet die uiteraard teruggezonden worden. De dienstverlener verzaakt hiermee de afnemer te wijzen op het bestaan van het wettelijk retourrecht (art. 7:46c lid 1 sub f juncto art. 7:46i BW). Het gratis pakket is in de onderhavige zaak toegezonden (zegt BER en ontkent gedaagde). Door de strategie van BER BV wordt de toch al betrekkelijk beperkte sanctie van het verlengen van de bedenkttermijn duidelijk. Wat doet BER BV namelijk, ze sturen een DVD box met factuur *nadat* de verlengde termijn verlopen is. Je komt dus nooit meer af van je automatische jaarabonnement van in casu een klein 300 euro (maar bij andere sites van hetzelfde bedrijf soms oplopend tot meer dan 600 euro). Nog daargelaten dat het op zijn minst ter discussie staat of een schriftelijke afmelding geeist mag worden bij een volledig online tot stand gekomen overeenkomst. De wetgever (art. 6:267 lid 1 BW) geeft weliswaar aan dat de ontbinding elektronisch 'kan' (en dus niet moet), maar in de gegeven context met naam/wachtwoorden lijkt de

procedure met name bedoeld om overeenkomsten tot stand te laten komen waar-
bij zeer de vraag is of er inderdaad sprake van wilsovereenstemming is. Aan de
wijze waarop BER BV haar elektronische handel inricht had de rechter mijns
inziens meer waarde toe mogen kennen dan in het vonnis gebeurt.

8. In de zaak krijgt gedaagde naar eigen zeggen geheel onverwacht een DVD box
met factuur (hij beweert de gratis box nooit ontvangen te hebben). Het is duidelijk
dat we te maken hebben met een notoire pornosite bezoeker, die overigens de online
bevestiging (in voeren van de per post toegezonden codes) ook niet betwist: “dat het
mogelijk is dat hem een code is toegestuurd, maar dat hij niet meer weet wat hij
daarmee gedaan heeft, daar hij zoveel codes voor toegang tot websites heeft.”

9. Een interessante vraag is in hoeverre het naar eigen zeggen door gedaagde in-
gaan op een advertentie voor vier erotische speelfilms op een startpagina gezien
moet worden als een met voldoende informatie omgeven dienst c.q. aanbod. Naar
ik aanneem ontbrak voor een dergelijke exercitie feitelijke informatie. Je kunt je
namelijk afvragen of er al op grond daarvan (dus nog los van de gebrekkige en
onduidelijke informatievoorziening op de site van BER) niet sprake kan zijn van
ontbreken van wilsovereenstemming.

10. De algemene voorwaarden van BER BV waren mijns inziens niet van toe-
passing omdat deze zich niet lenen voor opslag, ze worden in een pop-up venster
getoond. Een vergelijkbaar geval deed zich voor in de eind januari 2007 gewezen
OTTO zaak.² De redenering van de rechter is wat beperkt, namelijk dat de alge-
mene voorwaarden van toepassing zijn omdat in het aanvraagformulier wordt ver-
meld dat dit zo is en “dat de voorwaarden via de site kunnen worden gelezen”.
Hiermee staat nog niet direct vast dat de bezoeker van de website een redelijke
mogelijkheid is geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art.
6:233 sub b juncto 6:234 lid 1 sub c BW).

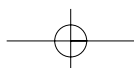
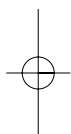
11. Ik ben niet bijzonder overtuigd, maar vastgesteld wordt tevens dat aan de
informatieplichten van art. 6:227b BW is voldaan. Anders had gedaagde de over-
eenkomst kunnen vernietigen (lid 4) of ontbinden (lid 5). Dit meende hij gedaan
te hebben door de DVD box met factuur te retourneren. BER BV weigerde deze
te ontvangen, waarna gedaagde de DVD box nogmaals verzond met begeleidend
schrijven. Deze keer houdt BER de BOX en begint ruim 2 jaar nadien deze
rechtszaak.

12. Nu de rechter oordeelt dat er een overeenkomst tot stand is gekomen waarvan
de algemene voorwaarden onderdeel uit maken, dient bepaald te worden wat par-
tijen op basis van deze overeenkomst dienen te presteren. BER BV eiste betaling
van 3 jaar abonnementsgeld. Hier is geen enkele aanleiding toe, de rechter oor-
deelt terecht dat de overeenkomst na 1 jaar door retourneren box eindigde. Ieder
jaar kan nl. uiterlijk 3 maanden van te voren worden opgezegd. Verdachte dient
het verschuldigde jaarbedrag te voldoen, de DVDs zal hij echter niet krijgen.

A.R. Lodder³

2. Voorzieningenrechter Breda 31 januari 2007 (Otto LCD tv's), LJN AZ7368.

3. Arno Lodder is sectiehoofd IT-recht Computer/Law Institute en directeur van het Centre for Electronic Dispute Resolution.



6. Noot bij Rechtbank Zwolle 14 maart 2007
Stokke vs. marktplaats
LJN-nummer BA4950

Doorgeven NAW-gegevens, veilingssite, auteursrecht, merkenrecht

Kinderstoelenfabrikant Stokke wil van advertentiesite Marktplaats.nl de NAW-gegevens van adverteerders die inbreukmakende producten aanbieden, en eist dat Marktplaats haar bedrijfsvoering aanpast zodat ze die gegevens ook verzamelt. In een eerder tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat van Marktplaats gevegd kan worden dat zij maatregelen treft die er op gericht zijn de schade van Stokke c.s. als gevolg van de inbreukmakende advertenties te voorkomen of te beperken, maar dat bij het antwoord op de vraag welke maatregelen passend zijn een afweging gemaakt dient te worden tussen de belangen van partijen, waarbij in hoge mate rekening gehouden dient te worden met de kosten van de maatregelen – die dienen beperkt te blijven – en de gevolgen van de maatregelen voor de bedrijfsvoering van Marktplaats. Op grond van het bovenomschreven criterium is de rechtbank, gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, van oordeel dat van Marktplaats niet gevegd kan worden dat zij de NAW-gegevens van haar adverteerders, dan wel van adverteerders van – kort gezegd – STOKKE producten verplicht hun NAW-gegevens op te geven.

Daarbij is het volgende van belang dat het belang van Stokke c.s. bij de opgave van de NAW-gegevens beperkt is, en het opvragen van NAW-gegevens van alle adverteerders niet van Marktplaats gevegd kan worden, gezien de gevolgen daarvoor voor de bedrijfsvoering van Marktplaats.

1. Dit eindvonnis volgt op een uitvoerig gemotiveerd en interessant tussenvonnis van de rechtbank Zwolle over de verantwoordelijkheid van websitehouders.¹ Om het eindvonnis op de juiste waarde te kunnen schatten, dient eerst stil te worden gestaan bij de achtergrond van deze kwestie en dit tussenvonnis.

2. Tot enige jaren geleden bestonden vele webwinkels waarin onder meer illegale kopieën van software en namaak-luxeproducten werden verkocht. Deze websites zijn echter door de rechthebbenden en justitie effectief bestreden. De verkoper van inbreukmakende goederen heeft inmiddels zijn kraampje verplaatst naar Marktplaats.nl en vergelijkbare advertentiesites. Op dergelijke sites zijn verkopers van legale maar ook illegale goederen in staat om anoniem hun goederen aan te bieden. Om dergelijke handel tegen te gaan heeft Marktplaats het “Melding van Inbreuk Programma” ontwikkeld. Dit programma omvat een procedure waarbij een rechthebbende zich door invulling van een formulier bij Marktplaats kan mel-

1. Rechtbank Zwolle, 3 mei 2006, Mediaforum 2006/9 m.nt. B.T. Beuving

den. Indien dit formulier correct is ingevuld, verwijdt Marktplaats de advertentie.

3. Op Marktplaats worden stoelen aangeboden die inbreuk maken op de rechten van Stokke, producent van onder meer de TRIPP TRAPP stoel. Stokke is van mening dat het Meldingsprogramma niet ver genoeg gaat en dat Marktplaats verplicht is om *uit eigen beweging* een dergelijke advertentie te weigeren, dan wel binnen 24 uur van haar website te verwijderen. Nu dus – naar de mening van Stokke – geen melding van deze inbreuk door de rechthebbende van deze inbreuk nodig is voordat Marktplaats verplicht is in te grijpen, gaat het hier om een zwaardere verplichting dan momenteel op een serviceprovider rust. Een serviceprovider dient volgens de Nederlandse rechter onmiskenbaar onrechtmatige informatie pas van een website te verwijderen nadat de provider van de inbreuk op de hoogte is gesteld. De provider hoeft dus niet zelfstandig op zoek te gaan naar inbreukmakende informatie.²

4. Het is begrijpelijk dat de rechtbank in het tussenvonnis zonder hier veel woorden aan vuil te maken aanneemt dat op eenieder en dus ook op Marktplaats een zorgplicht rust. Dit sluit immers aan bij de bestaande rechtspraak met betrekking op zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot handelen. Het is dan ook aardig om deze problematiek in een ‘klassiek’ perspectief te plaatsen. Al bijna honderd jaar geleden oordeelde de Hoge Raad in het bekende Lindenbaum/Cohen-arrest dat niet alleen een handelen maar ook een nalaten in strijd kan zijn met de goede zeden of maatschappelijke zorgvuldigheid.³ In het Struikelende broodbezorger-arrest stelde de Hoge Raad vast dat een bijzondere verplichting met betrekking tot de zorg en oplettendheid rust op een partij die een ‘speciale relatie’ heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.⁴ In de jurisprudentie is al vele malen aangenomen dat ‘de gastheer’, waaronder onder meer eigenaren, beheerders en organisatoren wordt verstaan, een zorgplicht heeft voor onder meer woningen,⁵ bedrijfsgebouwen en bedrijfsterreinen,⁶ maar ook voor min of meer openbare ruimtes zoals winkels,⁷ parkeerterreinen en wegen.⁸

5. Een website kan volgens mij naadloos aan dit rijtje worden toegevoegd waarbij de websitehouder als gastheer kan worden bestempeld. De websitehouder heeft immers een speciale, duurzame relatie met zijn website en de feitelijke zeggenschap over hetgeen op de site gebeurt.⁹

2. Zie hierover onder meer rechtbank Den Haag, 19 juni 1999, IER 1999/47 (Scientology) en het hoger beroep hierin gerechtshof Den Haag, 4 september 2003, LJN AI5638

3. Zie HR 31 januari 1919, W. 10365 m.nt. MFF

4. HR, 22 november 1974, NJ 1975/149 m.nt. G.J. Scholten

5. HR 18 april 1940, NJ 1941/130

6. HR 25 maart 1955, NJ 1955/337

7. Gerechtshof Amsterdam, 15 december 1988, TvC 1989/73

8. HR 9 januari 1942, NJ 1942/295, HR 17 november 2000, NJ 2001/10 en rechtbank Middelburg, 20 augustus 2003, NJ 2003/734

9. Meer over het onderwerp zorgverplichtingen in Prof. Mr. C.C. van Dam, aansprakelijkheid voor nalaten, een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 1995, vanaf p. 39. Over ‘de gastheer’ p. 51 e.v.

6. De vervolgvraag die de rechtbank in het tussenarrest meer hoofdbreken kost is of deze zorgplicht zover reikt dat Marktplaats uit zichzelf advertenties moet weigeren of verwijderen die inbreuk maken op de rechten van Stokke. Dit is volgens de rechtbank afhankelijk van een aantal factoren welke lijken te zijn afgeleid uit de rijke jurisprudentie rondom het leerstuk van de aansprakelijkheid voor nalaten.

7. Zo stelt de rechtbank zich de vraag of Marktplaats bekend is met de schade. Dit is van belang nu in het algemeen geldt dat tegen hetgeen men niet weet of redelijkerwijs kon verwachten, niet hoeft te worden opgetreden. De rechtbank overweegt dat in dit geval Marktplaats op de hoogte is gebracht door Stokke van de inbreuk. Daarbij biedt Marktplaats een “Melding van Inbreuk programma” aan waaruit blijkt dat zij inbreuken verwacht. Vervolgens stelt de rechtbank de vraag welke rol Marktplaats speelt bij het inbreukmakende handelen. Naarmate Marktplaats meer betrokken is, mag meer van haar worden verwacht om het inbreukmakende handelen tegen te gaan, aldus de rechtbank. De rechtbank meent echter dat Marktplaats slechts een doorgeefluik is en dat daarbij sprake is van adverteerders die over het algemeen niet weten dat zij een inbreukmakende stoel verkopen. Ook wordt door de rechtbank bij haar beoordeling van belang geacht dat Marktplaats hooguit enig ‘indirect voordeel’ van het inbreukmakend handelen heeft en geen directe inkomsten.

8. Ook is volgens de rechtbank relevant welke maatregelen mogen worden gevergd van een advertentiewebsite als Marktplaats. Onder verwijzing naar de Richtlijn elektronische handel¹⁰ en de wetsgeschiedenis betreffende de implementatie hiervan, wordt geconcludeerd dat het niet voor de hand ligt om van een dienstverlener een toezichtstaak te verwachten. De rechtbank wijst erop dat de wetgever en de opstellers van de richtlijn hebben aangegeven dat bij de bestrijding van onwettige activiteiten zelfregulering een grote rol speelt. In dit kader hecht de rechtbank dan ook groot belang aan het feit dat Marktplaats een notice and take-down-procedure heeft ingevoerd.

9. Een vraag die door de rechtbank zowel in het tussenvonnis als het eindvonnis wordt vermeden, is of een websitehouder als Marktplaats moet worden beschouwd als een partij die een dienst van de informatiemaatschappij verleent in de zin van de genoemde Richtlijn (artikel 12-14). Deze artikelen zijn geïmplementeerd met de invoering van artikel 6:196c BW. Kort gezegd staat in dit artikel dat dergelijke partijen onder omstandigheden niet aansprakelijk zijn voor doorgegeven informatie. Deze vrijwaring is echter niet primair geschreven ter bescherming van websitehouders die op hun website user generated content laten plaatsen, maar ten behoeve van de service providers die informatieopslag (caching), informatievervoersdiensten (mere conduit, doorgeefluik) of hosting aanbieden. Dit laat echter onverlet dat de verantwoordelijkheid van een dergelijke websitehouder zich op het punt van mogelijk onrechtmatige informatie goed

10. Richtlijn 2003/31/EG betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, 8 juni 2000

10. Terug naar de bepaling van de zorgplicht. Een belangrijke maatstaf bij de bepaling van deze zorgplicht is de proportionaliteit. Terug naar ons klassiek perspectief: al in het Kelderluikarrest is overwogen dat aard en omvang van de op grond van de zorgvuldigheid te nemen maatregelen mede afhankelijk is van de inspanningen die gemoeid zijn met het treffen van die maatregelen. Wie met eenvoudige maatregelen grote schade van derden kan voorkomen, handelt eerder onzorgvuldig dan wanneer het zeer kostbare, voor het eigen bedrijf nadelige, maatregelen betreffen.¹¹ Dit wordt dan ook terecht door de rechtbank als uitgangspunt genomen.

11. De rechtbank concludeert in het tussenvonnis dan ook dat van Marktplaats geleverd kan worden dat zij maatregelen treft die er op gericht zijn de schade van Stokke te voorkomen of te beperken. Sinds het wijzen van dit eindvonnis zijn nog een aantal uitspraken gedaan die in meer of mindere mate dit beeld bevestigen.¹² Welke maatregelen dit moeten zijn is afhankelijk van de kosten en de nadelen die hieruit voortvloeien voor de bedrijfsvoering van Marktplaats. Zo kan niet van Marktplaats worden verwacht dat zij zodanige wijzigingen in haar bedrijfsvoering aanbrengt dat deze hierdoor minder aantrekkelijk wordt voor haar gebruikers.

12. Aan de norm om binnen redelijke grenzen schade te voorkomen heeft Marktplaats volgens de rechtbank voldaan door invoering van het Meldingsprogramma. Preventief advertenties controleren is niet mogelijk door middel van filtertechnologie: voor het herkennen van een inbreukmakende stoel zijn opgeleide mensen nodig. Dit arbeidsintensieve mensenwerk kost veel geld en zou daarbij een aanzienlijke vertraging veroorzaken in de tijd waarbinnen de advertentie op de website verschijnt. Dit alles kan volgens de rechtbank niet worden verlangd van Marktplaats.

13. Volgens de rechtbank hoeft Marktplaats evenmin de advertenties na plaatsing op de website binnen 24 uur te screenen en zonodig te verwijderen. Nu Marktplaats immers beschikt over een, door Stokke erkend efficiënte, notice and takedown-procedure, voldoet Marktplaats aan hetgeen van haar mag worden verlangd. Verder hoeft Marktplaats niet te gaan en dit wordt niet anders doordat Stokke aanzienlijke kosten moet maken om Marktplaats te screenen en voortdurend melding te moeten doen van inbreuken. Het ligt volgens de rechtbank voor de hand dat Stokke en niet Marktplaats deze kosten op zich moet nemen. Voor het verhalen van deze kosten moet Stokke maar aankloppen bij de inbreukmakers.¹³

11. HR 5 november 1965, NJ 1966/136 m. nt. GJS (Kelderluik)

12. V.zr. Rechtbank Amsterdam, 26 april 2007, LJN BA 3941, Rechtbank Amsterdam, 1 november 2007, B9 5011 (Vereniging Martijn); Gerechtshof Amsterdam, 3 juli 2008, B9 6399 (Leaseweb/Brein), Rechtbank s-Hertogenbosch, 8 juli 2008, B9 6425 (BREIN/Euroaccess Enterprises Ltd) en v.zr. Rechtbank Amsterdam, 16 oktober 2008, B9 7181 (Bruno Press/IMT)

13. Kennelijk was de Rechtbank Amsterdam in Bruno Press/IMT (zie hiervoor) wat minder onder de indruk van de maatregelen van de websitehouder. Met het opnemen van een enkele disclaimer, is niet voldaan aan een zorgplicht en wordt zelfs geoordeeld dat een websitehouder met het bieden van gelegenheid tot het plegen van inbreuk in het voorkomende geval zelf ook inbreuk pleegt.

14. Om deze kosten te kunnen verhalen zal Stokke echter moeten beschikken over de NAW-gegevens van de inbreukmakers. Hierover gaat de tweede akte van deze zaak.

15. Zoals bekend heeft de Hoge Raad bepaald dat providers de bij hen bekende NAW-gegevens van mogelijk onrechtmatig handelende websitehouders onder omstandigheden aan de rechthebbenden dienen te verschaffen.¹⁴ Stokke stelt nu dat ook internetdienstverlener Marktplaats gehouden is om gegevens van inbreukmakende adverteerders aan Marktplaats te overhandigen. Echter, in dit eindvonnis oordeelt de Rechtbank dat Marktplaats niet jegens Stokke verplicht is om de NAW-gegevens van de aanbieder van Stokke-spullen te verzamelen. Meer specifiek oordeelt de rechtbank:

- Stokke heeft zelf reële mogelijkheden de NAW-gegevens van een adverteerder te achterhalen via het e-mailadres dat in de advertentie wordt genoemd (r.o. 2.3-2.7);
- Gezien het kleine aantal gevallen waarin Stokke in het verleden daadwerkelijk geprobeerd heeft NAW-gegevens van inzenders van inbreukmakende Marktplaats-advertenties te achterhalen, heeft Stokke kennelijk niet veel belang bij het op die manier bestrijden van inbreuk (r.o. 2.8-2.10);
- Het registreren door Marktplaats van NAW-gegevens van al haar adverteerders is mogelijk, maar kost een behoorlijk bedrag en kan mogelijk omzetverlies opleveren. Ook het installeren van een ‘filter’ dat zoekt op woorden als “Stokke” en “Tripp Trapp” zodat enkel bij deze advertenties NAW-gegevens hoeven te worden opgegeven, kost ‘een bedrag van enige omvang’ (r.o. 2.11-2.19); en
- het vóór plaatsing van een advertentie verifiëren van de NAW-gegevens duurt enige dagen en kan daarom van Marktplaats niet worden gevergd. Daarbij is de kans groot dat juist van opzettelijke inbreukmakers geen correcte NAW-gegevens worden verkregen (r.o. 2.20- 2.21).

16. De rechtbank concludeert dan ook dat verzamelen van de NAW-gegevens van de adverteerders op welke wijze dan ook, gezien de grote impact die dit heeft op de bedrijfsvoering van Marktplaats, niet van Marktplaats kan worden gevergd (r.o. 2.23).

17. Bedacht moet worden dat deze uitkomsten zeer ‘kosten- en techniekafhankelijk’ zijn ingestoken door de rechtbank. In het tussenvonnis wordt aangenomen dat het beoordelen van mogelijk inbreukmakend materiaal (duur) mensenwerk is en in dit eindvonnis was de rechtbank graag bereid allerlei kosten als ‘een bedrag van enige omvang’ aan te merken. Deze oordelen zouden ook anders kunnen uitpakken in een geval waar preventief controleren geen hoge kosten met zich mee zou brengen. Mocht het bijvoorbeeld een inbreuk betreffen die wél uitgefilterd kan worden door middel van (goedkope) softwarematige instellingen, dan zou Marktplaats wel eens verplicht kunnen zijn een dergelijk filter ook daadwerkelijk te plaatsen. Zo zijn bepaalde luxegoederen ook tweedehands nog steeds veel meer

14. HR 25 november 2005, Mediaforum 2006/1 m.nt. A.H. Ekker (Lycos/Pessers)

waard dan de zeer lage prijzen waarvoor replica's van deze goederen worden aangeboden. Met enkele simpele softwarematige aanpassingen zou Marktplaats dergelijke goederen dan ook kunnen uitfilteren door te zoeken op dat specifieke merk en de hieraan gekoppelde (minimum)prijs.

mr. B.T. Beuving¹⁵

15. Bart Beuving is advocaat bij Bird & Bird.

**7. Noot bij EHRM 3 april 2007
Copland / Verenigd Koninkrijk¹**

**Internet op het werk, privacy, reasonable expectation of privacy,
art. 8 EVRM**

The applicant was employed at a college, and worked closely with the Deputy Principal ("DP"). During her employment, the applicant's telephone, e-mail and internet usage were subjected to monitoring at the DP's instigation. According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are prima facie covered by the notions of "private life" and "correspondence" for the purposes of Article 8 § 1. It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal internet usage. The applicant in the present case had been given no warning that her calls would be liable to monitoring, therefore she had a reasonable expectation as to the privacy of calls made from her work telephone. The same expectation should apply in relation to the applicant's e-mail and internet usage. As there was no domestic law regulating monitoring at the relevant time, the interference in this case was not "in accordance with the law" as required by Article 8 § 2 of the Convention.

1. Mevrouw Copland werkt bij het Carmarthenshire College, een openbare school voor voortgezet onderwijs in Wales. Via haar stiefdochter, waar inlichtingen worden ingewonnen door haar werkgever over door haar op haar werk verzonden e-mails, komt zij er achter dat haar telefoongebruik al achttien maanden, en haar e-mail verkeer al zes maanden door haar werkgever worden gemonitord. Zij wist daar niets van. Bij het College bestond geen interne regeling over het monitoren van de elektronische communicaties van de werknemers. Copland beklaagde zich bij haar werkgever. Uit de weergave van de feiten blijkt dat daarover wel het nodige te doen is geweest op de school, maar dat er geen procedure bij een rechter is gevolgd. Onderdeel van de klacht is dan ook schending van artikel 13 (het ontbreken van een behoorlijk rechtsmiddel), waar het Hof echter niet meer op ingaat wegens de gegrond bevinding van de klacht onder artikel 8 van het Verdrag.

2. Het Hof trekt in deze beslissingen drie lijnen door: a. Ook op de werkplek bestaat privacy voor elektronische communicaties, ongeacht of deze een privé karakter hebben: ook de 'zakelijke' communicatie valt onder de bescherming van artikel 8;² b. 'Private correspondence' in artikel 8 wordt 'dynamisch' (zoals dat in het jargon heet) uitgelegd, naar de stand van de techniek. Het omvat ook e-mail

1. Deze noot verscheen eerder in NJ 2007-50, nr. 617, p. 6232-6236.

2. In verband met de uitleg van 'home' dat ook kantoor omvat, zie de zaak Niemietz, EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400, m.nt. EJD.

verkeer en internetgebruik;³ c. ‘Private correspondence’ slaat niet alleen op de inhoud van de communicatie, maar ook op de verkeersgegevens over gesprekken en andere elektronische communicaties.⁴ Onder verwijzing naar de zaak Amann betreft het Hof daarbij uitdrukkelijk dat deze vorm van monitoring het opslaan van persoonsgegevens oplevert, welke activiteit ook een inbreuk op de privacy is.⁵ Men kan deze uitspraak zo lezen dat het ook slaat op de verwerking van gegevens nadat deze zijn opgeslagen.

3. Het Hof volgt in deze uitspraak in overweging 42 de beslissing inzake Halford:⁶

“The applicant in the present case had been given no warning that her calls would be liable to monitoring, therefore she had a reasonable expectation as to the privacy of calls made from her work telephone. The same expectation should apply in relation to the applicant’s e-mail and internet usage.”

Deze algemene formulering kan licht tot de volgende verwarrende cirkelredenering leiden. Een werkgever waarschuwt zijn werknemers: Wie mijn onderneming betreedt, behoeft niet op privacy te rekenen. De werknemers hebben dus geen privacyverwachting. Ergo: hun privacy kan niet meer worden geschonden. Zo is het niet. Naar mijn oordeel gaat het om twee dingen: de controle van de gedragingen van de werknemer, ongeacht of deze betrekking hebben op zijn werk en de vrijheid van de werknemer voor privé handelingen binnen het werk. In het eerste geval gaat het om de onbevangenheid waarmee de werknemer, niet gadegeslagen, op of in verband met zijn werk handelingen kan verrichten. Dat loopt van controle op aanwezigheid (prikklommen) en beweging (cameratoezicht) tot het monitoren van elektronische communicatie (telefoon, e-mail, internet). In het tweede geval gaat het om de vrijheid die de werknemer heeft om tijdens werktijd privé handelingen te verrichten: een persoonlijk telefoongesprek, het boeken van een vakantiereis, het kopiëren van een belastingaangifte. In deze casus vielen de eerste en tweede categorie samen: mevrouw Copland werd er op gecontroleerd of zij privé gesprekken voerde. Van de eerste categorie kan men met deze uitspraak in de hand zeggen dat er voor monitoring op het werk geen plaats is als daarvoor niet een behoorlijk gepubliceerde regeling bestaat, zodat de werknemer zijn verwachtingen daarop kan afstellen. Of dat steeds het geval is, is trouwens de vraag. Er zijn functies waarvan de werknemer naar hun aard behoort te verwachten dat deze zullen worden gemonitord, zoals bijvoorbeeld het voeren van telefoongesprekken in call centra. Bij de tweede categorie gaat het om de omgangsvormen binnen een onderneming, die meer of minder strikt kunnen zijn en die het arbeidsklimaat mede bepalen. In het algemeen kan de werknemer ervan uit gaan dat hij geen ‘expectancy of privacy’ heeft als er in concreto geen toestemming

3. Overweging 41.

4. Met wie is wanneer gecommuniceerd: zaak Malone, EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534.

5. Overweging 43.

6. EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506, m.nt. PJB.

voor privé handelingen is, maar zal daarbij snel van een de minimis beleid door de werkgever sprake zijn: kleine dingen zullen door de vingers worden gezien.

4. In beide gevallen is privacy niet een feitelijk maar een normatief verwachtingspatroon. Wat mag een werknemer in de gegeven omstandigheden, en gelet op de heersende maatschappelijke opvattingen, verwachten, en welke verwachtingen behoort een werkgever daarbinnen te honoreren. Binnen een zakelijke werkomgeving kan privacy meer worden beperkt dan in de privésfeer.⁷ Beperkingen zullen ook in de werksfeer op gerechtvaardigde doelstellingen en proportionaliteit moeten worden getoetst. Dat kan betekenen dat te belastende vormen van monitoring danwel een compleet verbod op kleine privé handelingen een ongeoorloofde schending van privacy kunnen opleveren. Ik volg niet de opvatting dat dit soort vragen zich geheel oplossen in het recht van de arbeidsovereenkomst.⁸

5. Het Hof onderzoekt nauwkeurig of er een voldoende wettelijke grondslag is voor de inbreuk op de privacy. Het antwoord is negatief, omdat de wettelijke regeling waar het VK zich op had beroepen, niet voldeed aan de hoge kwaliteitseisen die het Hof heeft ontwikkeld als het gaat om afluisteren.⁹ Soortgelijke eisen stelt het bij video-observatie in het kader van de strafvordering.¹⁰ Dergelijke wettelijke regelingen moeten over het algemeen aan de volgende kwaliteitseisen voldoen: zij moeten de bevoegdheden voor controle op een voor het datasubject eenduidige manier vastleggen, er moet toestemming tot controle vooraf (in geval van de arbeidsovereenkomst in een met de werknemers overeengekomen regeling) of notificatie achteraf zijn en tijdsduur en intensiteit van de controle moeten beperkt zijn. Geheime controle is iets wat het Hof vrijwel altijd afwijst. De wettelijke bevoegdheid van de school om datgene te doen wat 'necessary and expedient' was, was te vaag en bevatte bovendien geen enkele waarborg voor het datasubject. Het VK heeft in 2000 kennelijk op grond van de Telecommunications Regulations een regeling 'Lawful Business Practice' gemaakt, maar die was nog niet van kracht.

6. Voor een overzicht van de Nederlandse praktijk en rechtspraak verwijs ik naar H.H. de Vries, 'Privacy op de werkplek', in: J.M.A. Berkvens & J.E.J. Prins (red.), Privacyregulering in theorie en Praktijk, Deventer: Kluwer 2007 (4e druk), p. 185-200. De algemene bepalingen van arbeidsrecht geven niet een specifieke wettelijke grondslag, en, stelt de Vries, de Wbp is niet toegesneden op arbeidsverhoudingen. Een poging een aparte richtlijn te maken is gestrand.¹¹

7. Het College Bescherming Persoonsgegevens heeft een geactualiseerde versie van het rapport Goed werken in netwerken van de Registratiekamer gemaakt.¹²

7. Zie overweging 31 in de Niemietz zaak.

8. Zie bijvoorbeeld in andere zin, J.H.J. Terstegge, 'Privacybescherming van werknemers; actie door Europa?', in: P&I 2002/1, p. 31-34.

9. Zie Khan, EHRM 12 mei 2000, NJ 2002, 180, m.nt. Sch, par. 26; P.G. en J.H., EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670, m.nt. EJD, par. 44.

10. EHRM 17 juli 2003, NJ 2006, 40, de zaak Perry.

11. De Vries, a.w. p. 190-191.

12. Achtergrondstudies en Verkenningen nr. 21, Den Haag april 2002.

Dit document bevat talrijke verstandige aanwijzingen hoe met dit soort problematiek om te gaan (in ieder geval een behoorlijk reglement dat werkgever en vertegenwoordigers van werknemers binnen de onderneming met elkaar zijn overeengekomen). Het wijst verschillende wettelijke grondslagen voor dit soort regelingen aan. Bij gebreke van een specifieke wettelijke regeling, moeten mijns inziens monitorregelingen (mede) worden gebaseerd op de Wbp, omdat er vrijwel altijd opslag en verwerking van persoonsgegevens in de zin van deze wet in het geding is. Het CBP gaat daar ook vanuit. Dat betekent dus ook dat deze regelingen moeten voldoen aan de kwaliteitseisen die de Wbp stelt. Dat zou mijns inziens ook voldoen aan de kwaliteitseis van de wetgeving die het EHRM in het kader van artikel 8 EVRM bij dit soort zaken stelt.

E.J. Dommering¹³

13. Egbert Dommering is hoogleraar 'Theorie van het Informatierecht' bij het Instituut voor Informatierecht en advocaat bij Brinkhof.

8. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 26 april 2007
tvbabes
LJN-nummer BA3941¹

Onrechtmatige daad, hyperlinks, pagerank, zorgplicht, Google, zoekmachine, onmiskenbaar onrechtmatig

Eiseres wil dat Google links, die volgens haar onrechtmatig zijn, uit de pagerank verwijdt. Omdat Google geen (preventieve) bemoeienis heeft met of invloed heeft op de inhoud van de links naar de websites en op de inhoud van de websites die automatisch als zoekresultaten worden verkregen, kan Google niet verantwoordelijk worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten. De zorgplicht van Google reikt niet zover dat zij aansprakelijk is voor de bereikbaarheid van die informatie van die ander, indien zij niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie apert onrechtmatig is. In dit geval was het voor Google redelijkerwijs onmogelijk om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was.

1. Het zal je maar gebeuren. Je bent beginnend tv-presentatrice met een weinig voorkomende naam en behoort volgens een deel van Nederland tot de schoonheden van deze beroepsgroep. Op een dag blijkt de zoekmachine Google – wie gebruikt hem tegenwoordig niet om Jan en Alleman mee op te zoeken – op jouw naam te reageren met een hele reeks sekssites. Jouw bekendheid als Nederlander is door de betreffende sites gebruikt om gericht met jouw naam te *webspammen*² en daarmee een stukje van de op het Internet fel bevochten aandacht van gebruikers op zichzelf te vestigen. Jouw naam wordt op een slimme manier gekoppeld aan de sites, op zo'n manier dat zoekmachines de sites presenteren als een relevant zoekresultaat op jouw naam. Na een niet volledig bevredigende tocht langs Google en de uitbater van de betreffende websites, besluit je naar de rechter te stappen en vang je bot.

De reikwijdte van de zorgplicht van zoekmachines

2. De juridische vraag die in deze kort geding zaak moet worden beantwoord is in hoeverre, en op grond van welke argumenten, gedaagde Google op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens eiseres gehouden was bepaalde verwijzingen, die een inbreuk zouden vormen op de eer en goede naam van eiseres,

1. Deze noot is eerder verschenen in Mediaforum 2007-6, nr. 23, p. 205-208.

2. Web spam, ook wel spamdexing, is de verzamelnaam voor websites die zijn opgezet om de werking van zoekmachines te manipuleren. Voorbeelden zijn verborgen tekst, link farms, wiki spam en cloaken. Voor een overzicht zie Z. Gyongyi, H. Garcia-Molina 'Web Spam Taxonomy', First International Workshop on Adversarial Information Retrieval on the Web (AIRWeb 2005).

te verwijderen en verwijderd te houden. Beslissend voor deze vraag is de reikwijdte van de zorgplicht van zoekmachines ten aanzien van de inhoud van de op de zoekmachine gepubliceerde zoekresultaten en de inhoud van de informatie die zij middels deze zoekresultaten ontsluiten. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds een eventuele preventieve zorgplicht van de zoekmachine en anderzijds een zorgplicht die aanvangt op het moment dat een ander de zoekmachine wijst op (beweerdelijk) onrechtmatige zoekresultaten.

3. De zorgplicht van Google gaat volgens de rechter niet zover dat zij preventief zou moeten optreden ten aanzien van de inhoud van de koppelingen naar de websites en de inhoud van deze websites. *“Google kan in beginsel niet verantwoordelijk worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten”*, aldus de rechter. Maar nadat Google was aangesproken op de onrechtmatigheid van de betreffende resultaten, was er evenmin sprake van aansprakelijkheid. *“De zorgplicht van Google reikt niet zover dat zij aansprakelijk is voor de bereikbaarheid van die informatie van die ander, indien zij niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie apert onrechtmatig is. In dit geval was het voor Google redelijkerwijs onmogelijk om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was.”*

Technisch, automatisch en passief

4. Centraal in de uitspraak van de kort geding rechter staat de constatering dat Google *“geen (preventieve) bemoeienis heeft met of invloed heeft op de inhoud van de links naar de websites en op de inhoud van de websites die automatisch als zoekresultaten worden verkregen na het intoetsen van de zoektermen. [...] Het ‘crawlen’, ‘indexeren’ en ‘ranken’ heeft een technisch, automatisch en passief karakter en Google kan in beginsel dan ook niet verantwoordelijk worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten.”* Het softwarematige karakter van de primaire processen van zoekmachines, in dit geval Google, levert hen dus een beperking van aansprakelijkheid op. Zowel voor de informatie die door de zoekmachine wordt ontsloten, dat wil zeggen de informatie op de achterliggende websites, als de informatie die in de vorm van koppelingen op de website van Google wordt gepresenteerd. Hier zijn een aantal belangrijke kanttekeningen bij te plaatsen.

5. Ten eerste is de software van Google natuurlijk gewoon mensenwerk. De keuzes die door de makers van de software worden gemaakt zijn gericht op het resultaat van het gebruik van deze software. Het zou dan ook op het eerste gezicht niet zo gek zijn de exploitant van software voor deze resultaten tot op zekere hoogte verantwoordelijk te houden. De redactionele keuzes die vergelijkbare menselijke informatieaanbieders maken, denk bijvoorbeeld aan de portal *Startpagina*, zitten bij Google verstopt in de software. Erg goed verstopt, want de software van Google is geheim.

6. Het best te illustreren is dat voor het proces van ‘ranken’. De ranking van een site in Google wordt bepaald door een honderdtal nauwkeurig door werknemers van Google afgestemde en geprogrammeerde statistische criteria. Enerzijds zijn

dit criteria die de relevantie van een bepaalde webpagina voor een ingevoerde zoekterm proberen in te schatten, zoals het voorkomen van de zoekterm op, of in de titel of URL van een webpagina. Anderzijds zijn dit criteria die een benadering geven voor de populariteit van de webpagina, zoals het aantal links vanuit andere (populaire) webpagina's of het aantal keren dat op een resultaat wordt geklikt. Uit de literatuur over zoekmachines en Google in het bijzonder, blijkt dat het ranking-algoritme van Google, geen vast gegeven is, maar voortdurend wordt aangepast aan de wensen en economische belangen van deze zoekmachine exploitant.

7. Uit de index worden daarnaast, zo overweegt ook de rechter, regelmatig handmatig websites verwijderd op grond van het schenden van de websites van de voorwaarden van Google voor opname in de index. Google bestrijdt actief de manipulatie van haar zoekresultaten door websites, waar in dit geval ook sprake is. Google doet dat om de kwaliteit van haar dienst te bewaken. Google heeft daarnaast ook een eigen filter op haar zoekmachine dat pornografisch materiaal uit de zoekresultaten filtert. Dit filter kan door gebruikers aan en uit worden gezet en leidt tot indrukwekkende resultaten. Ook worden regelmatig resultaten verwijderd als gevolg van rechterlijke uitspraken, verzoeken van openbaar ministeries, rechthebbenden, en anderen.

8. Extra vervelend voor eiseres is dat de rechter een oordeel over de onrechtmatigheid van de betreffende informatie achterwege laat. Daarmee omzeilt de rechter op basis van dat oordeel Google te verplichten de informatie te verwijderen en/of verwijderd te houden. Dat de resultaten reeds verwijderd zijn, volgens Google om andere redenen, doet aan de mogelijkheid van zo'n verplichting door de rechter natuurlijk niet af, evenmin als de conclusie dat het voor Google redelijkerwijs niet mogelijk was de onrechtmatigheid vast te stellen. De rechtbank overweegt nog wel dat Google de resultaten heeft verwijderd en op de 'black list' heeft gezet, "*wegens manipulatie van de zoekmachine met de naam van [eiseres] door de eigenaar van deze sekswebsites.*" Dit lijkt in het licht van het voorgaande enigszins tegenstrijdig. Google was volgens de rechter blijkbaar wel in staat vast te stellen dat er sprake was van manipulatie met de naam van eiseres. Als er sprake is van manipulatie met een naam van een persoon lijkt het toch redelijk te concluderen dat de manipulatieve informatie onrechtmatig was. Het kan natuurlijk ook zo zijn dat de informatie, hoewel gevoelig, wel juist is. Daar was sprake van in een recent geval tussen een oud-schaatster en een sportpresentator.³ De rechter legt in de besproken zaak veel nadruk op de mogelijkheid van de weg naar langs de aanbieder van de informatie voor het verwijderd krijgen van beweerdelijk onrechtmatige informatie. Recentelijk is gebleken dat in een kort geding procedure tegen de informatieaanbieder naast rectificatie van onrechtmatige publicaties op het Web ook een rechterlijk bevel aan de informatieaanbieder verkregen kan worden, dat inhoudt dat deze de opdracht moet geven aan zoekmachines als

3. 'Ria Visser wil met seks uit Google', Planet Internet, 11 januari 2007.

Google de betreffende onrechtmatige publicaties uit de zoekmachine te verwijderen.⁴

9. Niet alleen in Nederland wordt geworsteld met de mate van aansprakelijkheid van zoekmachines en de ontwikkeling van criteria die hiervoor doorslaggevend zijn. De hier besproken uitspraak staat in schril contrast met een recente uitspraak (ook in kort geding) in Duitsland met praktisch dezelfde casus.⁵ De Duitse rechter kwam tot een radicaal tegenovergesteld oordeel. De zoekmachine moet er in opdracht van de rechter door middel van filtering voor zorgen dat de naam van eiseres in combinatie met het woord naakt niet meer in de zoekresultaten voor zal komen. Dit is het andere uiterste en komt volgens mij in de buurt van censuur, aangezien het een vooraf verbod is op een bepaald type uitingen, waarvan de rechtmatigheid vooraf immers nooit vast kan staan.

Preventieve zorgplicht en vrijheid van meningsuiting en informatie

10. Hiermee zijn we weer terug bij de preventieve zorgplicht van zoekmachines ten aanzien van de inhoud van getoonde zoekresultaten en de daarmee ontsloten informatie. De stelling dat Google geen preventieve zorgplicht moet worden toegeschreven, kan mijns inziens nooit volgen uit de (onjuiste) feitelijke constatering van de rechter dat Google geen preventieve bemoeienis heeft met de inhoud van de zoekresultaten. Zoals hierboven kort uiteengezet heeft Google wel degelijk enige preventieve bemoeienis met de inhoud van zoekresultaten. Preventief optreden is voor koning eenoo in zoekmachineland daarnaast ook zeker geen onmogelijkheid. In de enorme winsten die Google met het exploiteren van de technologie uit advertenties behaalt is best wat ruimte voor dergelijke bemoeienis. De rechter heeft het mijns inziens om een andere en fundamenteelere reden wel bij het rechte eind deze preventieve zorgplicht te beperken of zelfs uit te sluiten. De wenselijkheid van de beperking van deze preventieve zorgplicht voor zoekmachines is namelijk gelegen in de vrijheid van informatie en meningsuiting.

11. Het een en ander komt het beste tot zijn recht in de *Paperboy* uitspraak van het Duitse *Bundesgerichtshof* en daarop voortbordurende uitspraken over de aansprakelijkheid van zoekmachines in Duitsland.⁶ De *Paperboy* uitspraak bevestigde de toelaatbaarheid van het gebruik van hyperlinks door zoekmachines. In een recente hierop voortbordurende uitspraak van het *Oberlandesgericht Hamburg*, wordt geconcludeerd dat de normale maatstaf van aansprakelijkheid voor uitingen te streng is als het gaat om de inhoud van de resultaten van zoekmachines.⁷

4. Rechtbank Rotterdam 19 april 2007, 280201/KG ZA 07-256. In deze zaak van een plastisch chirurg tegen het Algemeen Dagblad over publicaties over deze plastisch chirurg geeft de rechter het bevel de door de rechter onrechtmatig bevonden publicaties te rectificeren, van de website AD.nl te verwijderen en verwijderd te houden, en zoekmachines Google en Yahoo de opdracht te geven de betreffende onrechtmatige passages uit hun zoekmachines te verwijderen.

5. LG Berlin 4 september 2006, 10 W 81/06, MMR 12/2006, p. 817.

6. Bundesgerichtshof 17 juli 2003, I ZR 259/00, m.nt. R.D. Chavannes, W.A.M. Steenbruggen, JAVI, 2003-6, p. 222-225.

7. OLG Hamburg, 20 februari 2007 – AZ.: 7 U 126/06.

De Duitse rechter stelt dat de vaste maatstaf voor aansprakelijkheid voor deze uitingen een uitzondering behoeft voor het geval van de uitingen van zoekmachines. *“Dies ergibt sich aus der gebotenen Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, die durch eine Suchmaschine in entscheidendem Maß gefördert wird. Ohne den Einsatz von Suchmaschinen wäre nämlich eine sinnvolle Nutzung der Informationsfülle im World Wide Web nicht möglich. Angesichts der ungeheuren Anzahl der zu erfassenden Websites kommt für die Erfassung, Übernahme und Darstellung nur ein automatisiertes Verfahren in Betracht.”* Oftewel, voor de aansprakelijkheid voor de inhoud van zoekmachineresultaten die een gevolg is van het geautomatiseerd overnemen van onrechtmatige informatie van de miljarden websites op het Web, geldt op grond van de betekenis van het functioneren van zoekmachines voor de vrijheid van meningsuiting en informatie een minder strenge maatstaf.

12. De jurisprudentie over de aansprakelijkheid van zoekmachines in Nederland wordt er met de uitspraak van de Amsterdamse voorzieningenrechter niet consistent op. Een lichtpunt was de genuanceerde *Zoekmp3* uitspraak van de Haarlemse rechtbank. Hier stond de rechtmatigheid van de hyperlink naar onrechtmatige informatie centraal.⁸ De rechtbank oordeelde dat zoekmachines niet aansprakelijk zijn voor het linken naar ongeautoriseerd gepubliceerde muziekbestanden, maar op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid gehouden zijn op te treden wanneer zij op de onrechtmatigheid van door de zoekmachine ontsloten informatie worden gewezen en aan deze onrechtmatigheid niet te twijfelen valt.⁹ Deze uitspraak is echter in tweede instantie vernietigd. Het arrest van het hof te Amsterdam gooide het mede wegens gebrek aan verweer door de zoekmachine over een andere boeg en ging zelfs zover dat betreffende zoekmachinedienst onrechtmatig was.¹⁰ Het arrest lijkt moeilijk te rijmen met de jurisprudentie in de zaak KAZAA, zo stelt ook Koelman in zijn noot bij deze zaak. Aangezien de argumenten van het hof voor de onrechtmatigheid grotendeels ontleend zijn aan het specifieke *business model* van *Zoekmp3*, biedt deze uitspraak mijns inziens weinig houvast voor de vraag naar de aansprakelijkheid van zoekmachines voor zoekresultaten en de daarmee gefaciliteerde ontsluiting van de achterliggende informatie.¹¹

13. De voortdurende onduidelijkheid over de betekenis van de bij wet geregelde *safe harbours* voor tussenpersonen op het Web uit de richtlijn elektronische handel voor de juridische positie van zoekmachines komt daar nog eens bovenop.

8. Voor een behandeling van hyperlinkaansprakelijkheid, inclusief die van zoekmachines, zie R.D. Chavannes, ‘Hype of echt link? De hyperlinkaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines’, JAVI, 2003/1, p. 2-10.

9. Rechtbank Haarlem 12 mei 2004, NJ 2004, 357, AMI, 2004-5, p. 185-193, m.nt. K.J. Koelman, (Techno Design/Brein).

10. Hof Amsterdam 15 juni 2006, AMI 2006-5, nr. 15, m.nt. K.J. Koelman, Computerrecht 2006, 138, afl. 5, m.nt. O.M.J.B. Volgenant; Mediaforum 2006-10, nr. 33, m.nt. T.F.W. Overdijk, (Techno Design/Brein).

11. Zie ook R.D. Chavannes, Brein/KPN: het gevaar van een bagatel? in Mediaforum 2007-6, nr. 23, p. 174-178.

Hostingdiensten kunnen een beroep doen op artikel 6:196c lid 4 BW, Internet Service Providers kunnen voor de doorgifte van informatie van anderen (*mere conduit*) een beroep doen op artikel 6:196c lid 1 BW, en voor de tijdelijke opslag (*caching*) van informatie op artikel 196c lid 3 BW. Een beroep van een zoekmachine, naar analogie, op een van de leden van artikel 6:196c BW, in het bijzonder op het eerste lid, is nog niet erkend.¹² Daarmee vervalt ook een beroep op het verbod van preventieve zorgplichten voor deze diensten, een verbod dat volgt uit artikel 15 van genoemde richtlijn. Het is te hopen dat er op redelijke termijn wat meer duidelijkheid ontstaat over de aansprakelijkheid van zoekmachines.

J.V.J. van Hoboken¹³

12. Zie ook Ch.A. Alberdingk Thijm, 'Kroniek van Technologie en Recht', NJB, 2007-13, p. 838-840.

13. Joris van Hoboken is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam.

9. Noot bij Rb. Haarlem sector kanton 29 augustus 2007
Marijn Ontwerp
LJN-nummer BB2576¹

E-commerce, algemene voorwaarden, feitelijke terhandstelling,
art. 6:234 lid 1 BW

Het gebruik van het internet is in het huidige tijdsgewricht inmiddels zodanig ingeburgerd, dat het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden naar het oordeel van de kantonrechter gelijkwaardig geacht kan worden aan de feitelijke terhandstelling daarvan als genoemd in artikel 6:234 lid 1 sub [a - red.] BW.

1. In deze zaak beroept Hanson Bedrijfsmakelaardij zich ter afweer van de vordering van Marijn Ontwerp op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden, omdat deze niet voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst aan Hanson ter hand zouden zijn gesteld. Tussen partijen staat vast dat Marijn aan Hanson een schriftelijke offerte heeft gezonden, waarop vermeld staat dat de algemene leveringsvoorwaarden van Marijn van toepassing waren, welke te vinden zijn op www.marijntonwerp.nl en op verzoek worden verstrekt. Marijn heeft gesteld dat zij de voorwaarden tevens bij haar schriftelijke offerte heeft gevoegd, hetgeen door Hanson wordt betwist. De overeenkomst tussen partijen is vervolgens mondeling tot stand gekomen. De kantonrechter onderzoekt niet of de voorwaarden daadwerkelijk zijn toegezonden, doch verwerpt het beroep van Hanson op vernietigbaarheid, omdat het gebruik van het internet ‘in het huidige tijdsgewricht inmiddels zodanig (is) ingeburgerd, dat het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden gelijkwaardig geacht kan worden aan de feitelijke terhandstelling daarvan als genoemd in artikel 6:234 lid 1 sub BW.’ (bedoeld is kennelijk art. 6:234 lid 1 sub a BW, MLB).

2. Centrale vraag in deze zaak is, of terhandstelling van algemene voorwaarden mogelijk is door te verwijzen naar de website van de gebruiker. Voor toepassing van algemene voorwaarden op een overeenkomst tussen partijen is vereist dat de gebruiker de voorwaarden ter hand stelt (6:234 lid 1 sub a BW). Alleen wanneer terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, kan de gebruiker op grond van art. 6:234 lid 1 sub b volstaan met het bekendmaken van de vindplaats van de voorwaarden, vergezeld van de mededeling dat de voorwaarden de wederpartij op aanvraag zullen worden toegezonden. Art. 6:234 lid 1 heeft een limitatief karakter.²

3. In dit geschil is niet komen vast te staan dat terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk was (Marijn heeft zelfs aangevoerd dat zij de voorwaarden wel had bij-

1. Deze noot verscheen eerder in Computerrecht 2007, nr. 6.
2. HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal)

gevoegd). Uitgangspunt dient dan ook te zijn dat Marijn haar voorwaarden ter hand diende te stellen. Als de voorwaarden niet ter hand gesteld zijn, mag de rechter niet volstaan met beoordelen of de gebruiker een redelijke mogelijkheid tot kennisneming van de voorwaarden heeft geboden, maar moet hij eerst nagaan of de terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk was.³

4. Art. 6:234 lid 1 sub c bepaalt voor overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand gekomen zijn, dat het ter beschikking stellen van voorwaarden elektronisch kan geschieden, mits voldaan is aan de daar genoemde vereisten. In onderhavige casus kwam de overeenkomst echter niet langs elektronische weg tot stand. Aangezien art. 6:234 lid 1 sub c naar zijn bewoordingen slechts ziet op langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten, mist het hier toepassing.

5. Bij de langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten maakt de wederpartij al gebruik van elektronische middelen. Het is dan maar een kleine stap om voor of tijdens de totstandkoming van de overeenkomst een hyperlink naar op een website ter beschikking gestelde algemene voorwaarden aan te klikken. Ik kan mij voorstellen dat de moeite voor de wederpartij dan zo klein is, dat het nauwelijks verschil maakt of de voorwaarden hem via email worden toegezonden, of dat hij een link moet aanklikken. Wanneer echter de overeenkomst *niet* langs elektronische weg is totstandgekomen, zal de wederpartij extra activiteiten moeten verrichten om op een website ter beschikking gestelde algemene voorwaarden van de gebruiker te bemachtigen.

6. De vraag rijst of de kantonrechter – met inachtneming van het bovenstaande – de regeling van art. 6:234 lid 1 BW wel juist heeft toegepast. Hoewel ter hand stellen op verschillende manieren kan geschieden (ook door het toezenden van de voorwaarden), dient het initiatief bij de gebruiker van voorwaarden te liggen. De wederpartij moet voor het bemachtigen van een exemplaar van de algemene voorwaarden niet meer moeite hoeven doen dan bij het overhandigen van een exemplaar.⁴ Om de voorwaarden van Marijn te bemachtigen, moet Hanson zelf moeite doen voor het bemachtigen van de voorwaarden (hij heeft een computer met internetverbinding nodig en moet bovendien de voorwaarden op de door Marijn aangegeven website zelf opzoeken). Dat gaat mijns inziens een stuk verder dan het openen van een toegezonden envelop die de voorwaarden van een gebruiker bevat. Daarmee past het verwijzen naar via Internet beschikbare voorwaarden niet binnen de gangbare uitleg van het begrip terhandstelling. Daarom is het beschikbaarstellen van de voorwaarden op een website hier mijns inziens onvoldoende om terhandstelling aan te nemen. Ik kan mij wel voorstellen dat in het huidige tijdsgewricht het *toezenden* van de voorwaarden per email onder omstandigheden wel als terhandstelling kan worden aangemerkt. Dit is bijvoorbeeld denk-

3. HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 (VNP/Havrij)

4. J.G.J. Rinkes, Algemene Vernietigingsgronden: de informatieplicht, In: B. Wessels e.a., Algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2006, p. 149.

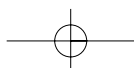
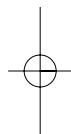
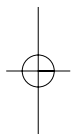
baar als partijen gedurende een grotendeels ‘fysiek’ verlopen onderhandelingsproces elkaar via email algemene voorwaarden toezenden.⁵

7. Verwijzing naar het adres van een webpagina waar de voorwaarden beschikbaar zijn, kan mijns inziens wél voldoende zijn in gevallen waarin het redelijkerwijs niet mogelijk is de voorwaarden ter hand te stellen. Dan gaat het echter niet om art. 6:234 lid 1 sub a, maar om art. 6:234 lid 1 sub b. Zoals hierboven is opgemerkt, komt men alleen aan die bepaling toe als terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, hetgeen niet door de kantonrechter is vastgesteld. Daarbij is tenminste vereist dat de voorwaarden op de website gemakkelijk te vinden zijn: de wederpartij moet niet op de website hoeven gaan spoorzoeken naar de voorwaarden. Het is mijns inziens twijfelachtig of de website van Marijn aan dit vereiste voldoet: de voorwaarden zijn nogal lastig te vinden.

Martine Boonk⁶

5. Jac. Hijma, *Algemene Voorwaarden*, Mon. NBW B55, 2e dr, Deventer: Kluwer 2003, p. 63-64.

6. Martine Boonk is promovendus bij het Computer/Law institute van de Vrije Universiteit Amsterdam.



10. Noot bij: Rb. Rotterdam 30 oktober 2007**Opruiing via link****LJN-nummer BB7174¹****Opruiing, verspreiding d.m.v. link, art. 132 Sr.**

Bewezen wordt verklaard dat verdachte door middel van een directe link via internet en/of MSN opruiende teksten heeft verspreid. Aan de hand van de relevante concrete omstandigheden van het geval wordt geoordeeld dat i.c. het plaatsen van een link het onderliggende document wordt verspreid in de zin van art. 132 Sr. (opruiing). Die concrete omstandigheden bestaan in dit geval uit het feit dat verdachte een meer dan gewone belangstelling voor het jihadistisch-salafistisch gedachtegoed heeft en zich actief op internet manifesteert. Zij wordt veroordeeld tot één maand gevangenisstraf.

1. Zoals de roepnaam van dit vonnis al een beetje aangeeft oordeelt de rechter dat in casu de verdachte het delict “verspreiding van opruiende stukken” (art. 132 Sr.) heeft gepleegd door het plaatsen van links op een website/MSN-groep naar opruiende teksten.

2. De betreffende opruiende teksten, met als titels “Vergiftiging van de Ummah” en “De Honden Blaffen en de Karavaan Gaat Voort” zijn eenvoudig op Internet te vinden. Toch zal de zoekmachine (die ook die links oplevert) zich, volgens dit vonnis, niet gauw schuldig maken aan hetzelfde delict, omdat de relevante concrete omstandigheden van het geval bepalend waren voor de kwalificatie “verspreiden”.

3. Die omstandigheden zijn het feit dat de verdachte, een 30 jarige moslima genaamd Fadoua, een meer dan gewone belangstelling heeft voor het jihadistisch-salafistisch gedachtegoed, veel uploadt en zich actief op internet manifesteert. Mijns inziens zijn die omstandigheden relevant in verband met opzet. Er is voor dit delict een dubbele opzet vereist: opzet voor (verspreiding van) opruiing, en opzet op de bestanddelen van het strafbare feit waartoe opgeruid wordt. In dit geval gaat het om misdrijven tegen de veiligheid van de staat, de koninklijke waardigheid, hoofden van bevriende staten, misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten en wederspanningheid. Een dergelijk opzet zal bij een link door een zoekmachine, of een link in het kader van zakelijke berichtgeving, ontbreken. Ik zie niet hoe “veel uploaden” en “er verstand van hebben” bepalend kunnen zijn voor de kwalificatie “verspreiden”. Het lijkt mij dat voor het oordeel of er wel of niet sprake is van verspreiden de context van de link van belang zou kunnen zijn (die dit geval natuurlijk wederom onderscheidt van zoekmachineresultaten en zakelijke berichtgeving), en met name het aantal bezoekers van de site waar de link op staat. Als dat een obscure site is die vooral door de

1. Deze noot verscheen eerder in het Tijdschrift voor Internetrecht 2008, nr. 1.

maakster zelf bezocht wordt, kan er nauwelijks sprake zijn van verspreiden. Of, nog beter, check of er überhaupt veel op die link geklikt wordt (bv. met behulp van een link counter – die dan wel bij het aanmaken van de link eraan gekoppeld moet zijn). Als niemand op de link klikt, wordt er feitelijk ook niets verspreid. Overigens wordt in de literatuur wel aangenomen dat plaatsing op een internetsite (van een geschrift, niet van een link) gezien kan worden als “verspreiden”, zonder strijd met het legaliteitsbeginsel.² Aan de context van de link, dus de rest van de pagina waar de link op staat, besteedt de Rechtbank totaal geen aandacht.

4. De Rechtbank heeft het over een directe link, een link waarmee met één handeling het onderliggende document is op te vragen en te lezen. Een deeplink dus. *“Het onderliggende document is daarmee zodanig verbonden met de link dat door het plaatsen van de link het onderliggende document in zekere zin onderdeel is geworden van het stuk waarin de link is geplaatst. In die zin wordt naar het oordeel van de rechtbank door het plaatsen van de link ook het onderliggende document verspreid.”* Maar strikt genomen wordt er niet verspreid door het plaatsen van de link, maar door het klikken op die link. Dáardoor wordt een kopie van dat document op het beeldscherm van de computer van de gebruiker gemaakt. Je zou hooguit kunnen zeggen dat je door het plaatsen van een link het verspreiden faciliteert.

5. Verspreiden suggereert iets actiefs: iets door de brievenbus gooien, folders uitdelen op straat, spam, vervelende pop-ups. Allemaal “push”-technieken, waarbij zonder dat de ontvanger iets gevraagd wordt hem een of andere boodschap gecommuniceerd wordt. Bij een link is daar geen sprake van: je moet altijd nog klikken op een link voordat je datgene waar de link naar verwijst te zien krijgt.

6. Ik begrijp ook niet helemaal wat de Rechtbank bedoelt met de stelling dat door het plaatsen van een link het onderliggende document *in zekere zin* onderdeel wordt van je eigen site. Het plaatsen van een link is een verwijzing, en naar mijn gevoel kun je naar een heleboel dingen verwijzen zonder dat je ze je eigen maakt, of er zelfs inhoudelijke verantwoordelijkheid voor neemt. Datgene waar je naar linkt heb je immers niet onder controle. Doorgeredeneerd zou de stelling van de rechtbank erop neerkomen dat het hele Internet zo’n beetje als één grote pagina te beschouwen is, omdat alles van links aan elkaar hangt. Dat lijkt mij niet de bedoeling.

7. Het “onderliggende” document wordt wel onderdeel van de eigen site als in plaats van een link gebruik wordt gemaakt van een “citaat” met behulp van knippen en plakwerk. Overigens zal de gebruikelijke reden om te linken in plaats van te knippen en plakken (namelijk dat je geen inbreuk op auteursrecht wilt plegen) in dit geval waarschijnlijk geen rol hebben gespeeld. In dit geval is wel aannemelijk dat de verdachte dondersgoed wist waar ze naar linkte. Misschien is dat de zekere zin waar de Rechtbank op doelt?

8. Bij mijn weten is dit de eerste keer dat iemand voor het plaatsen van een link strafrechtelijk veroordeeld is. Al wel eerder was duidelijk dat je door middel van

2. A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 56.

een link een onrechtmatige daad kunt plegen,³ en, onder omstandigheden, inbreuk kunt maken op auteursrecht.⁴

9. Zoals gebruikelijk bij delicten die via internet gepleegd worden neemt de Rechtbank vrij gemakkelijk aan dat nickname, e-mailadres en IP-adres bij deze verdachte horen.⁵ Overigens heeft in deze zaak de verdachte wel in het kader van een andere procedure verklaard dat dit haar e-mailadres is.

10. De verdediging heeft nog, tevergeefs, geprobeerd een argument te ontlelen aan het feit dat het op het internet wemelt van (links naar) dit soort teksten. Het feit dat nou net zij vervolgd wordt, en al die anderen niet, is een beslissing van het OM, die alleen marginaal door de rechter getoetst wordt. Dweilen met de kraan open, want dat is de bestrijding van dit soort teksten op het internet, is dus gewoon pech voor degene die wel gepakt wordt.

11. Er wordt een naar mijn mening best forse straf opgelegd: 1 maand onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Alle inbeslaggenomen voorwerpen (een heleboel CD's en ook een map met documenten van Kraamzorg?) moeten worden teruggegeven. Kennelijk is het ongecontroleerde bezit daarvan niet in strijd met de wet of het algemeen belang.

12. Het OM heeft hoger beroep aangetekend. Wordt vervolgd.

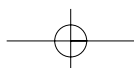
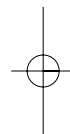
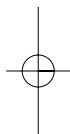
Tina van der Linden⁶

3. Voorzieningenrechter Amsterdam 20 juni 2002 (Deutsche Bahn vs Indymedia) LJN-nummer AE4427

4. Voorzieningenrechter Leeuwarden 30 oktober 2003 (Batavus), LJN-nummer AN4570, en Sector kanton Rechtbank Rotterdam 3 september 2004 (Schlijper/Nieuw Rechts), LJN-nummer AT4681.

5. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 13 juli 2004 (CU2night), LJN-nummer AQ1722 en Rechtbank Dordrecht 27 februari 2007 (marktplaats oplichting), LJN-nummer AZ9390.

6. Tina van der Linden is docent IT en Recht aan de Universiteit Utrecht.



**11. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 1 november 2007
Martijn
LJN-nummer BB6926¹**

**Website pedofielenvereniging, aansprakelijkheid forumbeheerder,
preventieve toetsing, auteursrecht, portretrecht, persoonlijke
levenssfeer, bijzonder karakter**

Gedaagde, vereniging Martijn, heeft als oogmerk het verspreiden van bepaalde ideeën over en acceptatie van pedofilie. Op het forum van de website van Martijn zijn door een bezoeker foto's geplaatst van kinderen van de koninklijke familie. Na sommatie door de RVD zijn deze foto's door gedaagde verwijderd. Er is sprake van inbreuk op auteursrecht (al is niet gedaagde daarvoor aansprakelijk maar degene die de foto's geplaatst heeft), persoonlijke levenssfeer en portretrecht. Gelet op het bijzondere karakter van de website moet gedaagde bedacht zijn op, en beducht zijn voor misbruik en ook door haar ongewenst gebruik van haar website. Om die reden mag van gedaagde – anders dan wellicht van eigenaren of beheerders van websites die door hun aard niet op dergelijk misbruik en onbedoeld gebruik bedacht behoeven te zijn – worden verlangd dat zij bij het beheren van die website en van dat forum zodanige voorzieningen treft dat niet dankzij door haar geopende publicatiemogelijkheden personen, die de grenzen aan hun vrijheid van meningsuiting niet kennen, van die website gebruik kunnen maken om publicaties die inbreuken op de rechten van anderen opleveren te verspreiden. Niet valt in te zien waarom gedaagde haar forum niet zo zou kunnen inrichten dat daarop slechts berichten worden geplaatst nadat die controle heeft plaatsgevonden. Dat daarbij enige vertraging in publicatie van meningen van forumbezoekers plaatsvindt, leidt niet tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagde zelf niet is gewaarborgd. Het voor de toekomst gevraagde verbod van openbaarmaking van foto's van kinderen van eisers wordt toegewezen.

1. 'Bad cases make bad law', zeggen ze zo mooi in de Verenigde Staten. In deze zaak wordt de Voorzieningenrechter te Amsterdam een cocktail van pedofilie en de kinderen van de koninklijke familie voorgeschoteld. Na het drinken van een dergelijke gifbeker moet er wel iets fout gaan. De voorzieningenrechter weet de schade uiteindelijk beperkt te houden. Dat doet hij door bijzonder gewicht toe te kennen aan de feiten en omstandigheden in de onderhavige uitspraak. Juridisch inhoudelijk gaat hij naar mijn mening de fout in door art. 6:196c van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet op de casus toe te passen. Laten wij eens wat beter naar de zaak kijken.

1. Deze noot verscheen eerder in Computerrecht 2008, nr. 1.

Feiten

2. De vereniging Martijn predikt de naastenliefde tussen minder- en meerderjarigen. In de media wordt de vereniging ook wel de ‘pedoclub’ genoemd. Martijn zelf zegt dat zij sinds 1982 strijdt voor de sociale en maatschappelijke acceptatie van kinderen-ouderenrelaties. Enfin. De vereniging Martijn onderhoudt een website die bereikbaar is via de domeinnaam martijn.org. Onderdeel van de website is een forum waarop iedereen vrijelijk berichten kan plaatsen.

3. In de loop der jaren zijn er 18 460 berichten op het forum geplaatst over 1147 onderwerpen.² Voor het forum is gebruikgemaakt van het programma YaBB. Dit is een veelgebruikt open source-systeem om een forum te maken. De laatste versie van het programma kan gratis worden gedownload via de website yabbforum.com. Volgens het laatste bericht op het forum is het forum vanaf 1 december 2007 gesloten. Dat zou mogelijk te maken hebben met de uitkomst van onderhavige procedure. Op 25 oktober 2007 heeft een onbekende derde een foto van prinses Amalia op het forum geplaatst, voorzien van het volgende bijschrift:

Ons koningshuis heeft weer een hele nieuwe generatie prinsjes en prinsesjes voortgebracht, en gelukkig maar!

4. Dezelfde dag heeft de RVD Martijn telefonisch gesommeerd de foto te verwijderen. De advocaat van de koninklijke familie heeft die sommatie de volgende dag schriftelijk bevestigd, met het verzoek c.q. de sommatie een bijgevoegde ontvondingsverklaring te ondertekenen. Martijn weigert te tekenen, maar verwijdt wel direct de litigieuze foto. Volgens ZKH Willem-Alexander e.a. is de foto nadien nog op een besloten deel van het forum geplaatst. Hierover wordt door Martijn volgens de voorzieningenrechter ter zitting tegenstrijdige verklaringen afgelegd. Wat daar ook van zij, het eventueel besloten karakter van het forum is niet relevant voor de beoordeling van de zaak door de voorzieningenrechter.

5. De leden van de Koninklijke familie vorderen – kortweg – een verbod om foto’s van hun kinderen via de website en het forum openbaar te maken. Grondslag voor die vordering is

- (1) inbreuk op de auteursrechten ten aanzien van de foto, en
- (2) inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en het portretrecht van de kinderen.

Inbreuk op auteursrechten

6. De voorzieningenrechter wil de vordering niet toewijzen op basis van de vermeende inbreuk op auteursrechten. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter als volgt:

² Het forum is voor het laatst door mij bezocht op 4 januari 2008.

Gedaagde biedt met haar forum weliswaar een podium voor members, ook voor het plaatsen van foto's, maar zij heeft zelf de portretten niet geplaatst en in zijn algemeenheid kan niet worden gezegd dat het aanstonds voor gedaagde kenbaar is, dan wel moet zijn, dat met die plaatsing het auteursrecht van een derde wordt geschonden. Het gaat te ver om van een eigenaar of beheerder van een website, dus ook van gedaagde, te verlangen dat zij op voorhand de op het forum te plaatsen stukken, of dit nu teksten zijn, foto's of andere werken, op schending van auteursrechten van derden onderzoekt.

7. De voorzieningenrechter voegt hieraan toe dat de eigenaar of beheerder van een website niettemin gehouden is om de inbreuk makende handeling door een derde te doen beëindigen zodra deze hierover in kennis is gesteld door de auteursrechthebbende. Nu Martijn hieraan heeft voldaan, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding tot toewijzing van de vordering op basis van inbreuk op auteursrechten.

8. Dit oordeel lijkt mij juist. De voorzieningenrechter volgt hiermee de lijn uit de jurisprudentie, met name de Scientology-uitspraak van de Rechtbank 's Gravenhage en de ZoekMP3-uitspraak van de Rechtbank Haarlem.³ De verplichting om, onder bepaalde voorwaarden, op te treden voor de tussenpersonen in deze zaken, respectievelijk een internetprovider en een zoekmachine-exploitant, werd door beide rechtbanken gebaseerd op art. 6:162 BW.

9. In art. 6:196c BW is een lex specialis geïntroduceerd die onder meer betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij die op verzoek van een derde informatie opslaat. Die regeling was in voornoemde zaken niet van toepassing. Ten tijde van de Scientology-zaak was deze immers nog niet in het BW opgenomen.⁴ Voor de ZoekMP3-zaak geldt dat het betreffende artikel niet van toepassing is op aanbieders van zoekmachines. Dit blijkt uit art. 21 van de Richtlijn elektronische handel, waarvan art. 6:196c BW een implementatie vormt.⁵

Art. 6:196c lid 4 BW

10. Een belangrijke vraag is of art. 6:196c BW van toepassing is op aanbieders van internetfora. Volgens de voorzieningenrechter is dit niet het geval. Hij merkt daarover het volgende op.

3. Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, AMI 1999/7, p. 110, m.nt. Koelman (Scientology/XS4ALL en Spaink). Rb. Haarlem 12 mei 2004, AMI 2004/5, 185, m.nt. Koelman (Techno Design/Brein).
4. Wet van 13 mei 2004 tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG L 178) (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel).
5. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, PbEG L 178.

Het beroep van gedaagde op het bepaalde in artikel 6:196c BW gaat niet op. Zij is geen internet dienstverlener die uitsluitend (technische) toegang verschaft tot een communicatienetwerk of behulpzaam is bij het tijdelijk, tussentijds geautomatiseerd opslaan van gegevens van een ander. Zij selecteert immers de personen die zij tot haar forum actief toegang verleent en plaatst dat forum in de context van haar eigen doelstellingen.

11. In deze overweging noemt de voorzieningenrechter twee van het type diensten waar art. 6:169c BW betrekking op heeft, namelijk mere conduit (art. 12 Richtlijn elektronische handel) en caching (art. 13 Richtlijn elektronische handel). Hij ziet echter over het hoofd dat het artikel ook betrekking heeft op opslagdiensten, de zogenoemde hosting (art. 14 Richtlijn elektronische handel). Op dit type diensten ziet het vierde lid van art. 6:196c BW.

12. Voor de toepasselijkheid van art. 6:196c BW is in de eerste plaats vereist dat diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in art. 15d lid 3 van Boek 3 worden verricht. Daaronder wordt – kortweg – verstaan elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding via het internet wordt verricht. Het element ‘tegen vergoeding’ wordt blijkens de memorie van toelichting ruim uitgelegd. Indien het gaat om diensten die ‘een zekere waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigen’ is daar al sprake van.

13. Het is dus niet noodzakelijk dat er daadwerkelijk wordt betaald. In de memorie van toelichting worden als zulke gratis diensten die onder het bereik van het artikel vallen genoemd het aanbieden van informatie of het ter beschikking stellen van een zoekmachine.⁶ Ook in de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel voor de Europese Richtlijn elektronische handel wordt opgemerkt dat uiteenlopende activiteiten kunnen worden gekwalificeerd als dienst van de informatiemaatschappij.⁷ In de toelichting worden internetfora als voorbeeld genoemd. Het forum dat door de vereniging Martijn wordt aangeboden kan mijns inziens dan ook als een dienst van de informatiemaatschappij worden gekwalificeerd.

14. De tweede vraag is of de dienst die wordt verricht bestaat uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie. Alleen in dat geval is lid 4 van het artikel van toepassing op grond waarvan de dienstverlener, onder omstandigheden, niet aansprakelijk is voor de onrechtmatige informatie die door hem op verzoek is opgeslagen. Bekend is dat het artikel in ieder geval van toepassing is op hosting-diensten die doorgaans door internetproviders worden verricht. Het artikel is echter niet beperkt tot bepaalde typen dienstverleners, maar is juist van toepassing op het verrichten van bepaalde diensten. Uit de parlementaire geschiedenis van het artikel volgt dat bijvoorbeeld ook een exploitant van een chatbox dergelijke diensten verricht, omdat deze schrijfruimte op zijn servers ter beschikking stelt.⁸ Ook blijkt uit de eerste evaluatie van de Richtlijn elektronische han-

6. Kamerstukken 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12.

7. Proposal for a European Parliament and council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM(98)586 final, p. 14–15.

8. Kamerstukken 2001/02, 28 197, C, p. 4.

del dat bulletinboards kunnen profiteren van de vrijwaring als in het artikel bedoeld.⁹ Een bulletinboard is hetzelfde als een internetforum.

15. Uit het bovenstaande volgt dat Martijn, anders dan de voorzieningenrechter oordeelt, een succesvol beroep op art. 6:196c BW toekomt.

Inbreuk op portretrechten

16. De voorzieningenrechter is ten onrechte van mening dat art. 6:196c BW niet van toepassing is en wijst de vordering alsnog toe. Hij doet dit niet op basis van inbreuk op het auteursrecht, maar op basis van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer c.q. de portretrechten van de kinderen van de leden van de koninklijke familie. Het onderscheid dat de voorzieningenrechter maakt tussen beide grondslagen is opvallend. Het ligt eerder in de lijn der verwachting dat wat geldt voor auteursrechtinbreuken ook dient te gelden voor portretrechtinbreuken. De regeling van art. 6:196c BW, die dus volgens de voorzieningenrechter niet van toepassing is, is een zogenoemde horizontale regeling, wat zoveel betekent dat hij geldt voor alle schendingen van het recht. Het is te meer opmerkelijk dat wat voor het auteursrecht geldt niet voor het recht op privacy geldt, aangezien inbreuken op de privacy voor een derde moeilijk zijn te beoordelen. Of sprake is van schending van een portretrecht is immers afhankelijk van diverse factoren die in onderling verband zullen moeten worden afgewogen.

17. De reden waarom de voorzieningenrechter dit onderscheid maakt tussen auteursrechtinbreuken en schendingen van de persoonlijke levenssfeer schuilt volgens het vonnis in het bijzondere karakter van de website. De voorzieningenrechter vindt dat Martijn erop beducht moet zijn dat derden misbruik zullen maken van hun vrijheid van meningsuiting en haar website voor oneigenlijke doeleinden zullen gebruiken. Om die reden kan volgens de voorzieningenrechter van Martijn worden verlangd dat zij zodanige voorzieningen treft dat misbruik van het forum door het schenden van de (privacy)rechten van de anderen niet meer mogelijk is.

Preventieve controle

18. De technische oplossing die de voorzieningenrechter daarvoor ‘verzint’ is verstrekkend:

Niet valt in te zien waarom gedaagde haar forum niet zo zou kunnen inrichten dat daarop slechts berichten worden geplaatst nadat die controle heeft plaatsgevonden. Dat daarbij enige vertraging in publicatie van meningen van forumbezoekers plaatsvindt, leidt niet tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagde zelf niet is gewaarborgd.

9. Eerste verslag over de toepassing van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, in de interne markt, COM/2003/702, p. 14.

19. De voorzieningenrechter vindt dus dat Martijn berichten die derden op het forum willen plaatsen van tevoren moet controleren. Pas ná controle dienen de berichten daadwerkelijk op het forum te worden geplaatst. Het is toch wel opmerkelijk dat de voorzieningenrechter, niet gehinderd door enige technische kennis van het betreffende YaBB-forum, tot een dergelijke creatieve oplossing komt. Ik heb een donkerbruin vermoeden dat de oplossing van de voorzieningenrechter technisch niet uitvoerbaar is, reden waarom het forum in het geheel niet meer wordt aangeboden.

20. Met de gesuggereerde maatregel heeft de voorzieningenrechter de vrijheid van meningsuiting verregaand beknót. Door het opgelegde verbod vindt er immers nu helemaal geen discussie meer plaats op het forum van Martijn. Juist om een dergelijke inperking van de vrije meningsuiting op internet te voorkomen, heeft de Europese wetgever in de Richtlijn elektronische handel nadrukkelijk bepaald dat dienstverleners geen algemene verplichting mag worden opgelegd. Om toe te zien op de informatie die zij op verzoek van derden opslaan (art. 15 van de Richtlijn elektronische handel).

21. De voorzieningenrechter lijkt zijn verstrekende oordeel te beperken tot internetfora waar men over controversiële onderwerpen discussieert. Hij overweegt dat de preventieve controle wellicht niet verlangd kan worden van eigenaren of beheerders van websites die door hun aard niet op misbruik daarvan bedacht hoeven te zijn. De gevolgen van de uitspraak lijken daarmee beperkt. Dat biedt overigens geen verontschuldiging van de inperking van de vrije meningsuiting, die juist ook bescherming biedt aan meningen die 'offend, shock or disturb'.¹⁰

Chr.A. Alberdingk Thijm¹¹

10. EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside), r.o. 49.

11. Christiaan Alberdingk Thijm is advocaat bij Solv.

12. Rechtbank Amsterdam 9 januari 2008**WMS vs. Weborama****LJN-nummer BC3829¹****Databankenrecht**

Gaat om Webstat database van WMS, met gegevens over sites die Webstat teller gebruiken, zoals bezoekersaantallen. Als er al sprake zou zijn van een databank in de zin van art. 1 Dbw, dan maakt Weborama geen inbreuk op het databankenrecht van WMS: geen sprake van opvragen of hergebruiken van gehele databank en ook geen in kwantitatief of kwalitatief substantieel deel.

1. In dit kort geding gaat het over de website www.webstats4u.com van WMS, waar de bezoekersaantallen te vinden zijn van websites die gebruik maken van een teller van WMS. Deze software-applicatie wordt ongeveer een miljoen websites gebruikt, en de resultaten van al die klanten zijn te vinden op de website van WMS. Gedaagde heeft gegevens opgevraagd van de website van WMS, te weten de bezoekersaantallen van de websites van 27.800 klanten van WMS.

2. De Voorzieningenrechter loopt de relevante elementen voor de beoordeling van de databankenrechtelijke vorderingen één voor één af. Is er sprake van een databank waarin substantieel is geïnvesteerd? Ja. Heeft gedaagde een kwantitatief of kwalitatief substantieel deel overgenomen? Nee. Heeft gedaagde herhaald en systematisch een niet-substantieel deel opgevraagd? Ja. Dat zijn feitelijke oordelen, en de motivering is veelal beknopt, maar dat mag in een voorlopige voorziening.

3. De beoordeling van het criterium van 'herhaald en systematisch opvragen van informatie' roept vragen op. De Voorzieningenrechter stelt vast dat er twee maal informatie is opgevraagd, en oordeelt dan dat er dus sprake is van herhaald opvragen dat er in strijd is gehandeld met artikel 2 lid 1 van de Databankenwet. Dat is een opmerkelijke gedachtegang, en nogal kort door de bocht. Immers, de bedoeling van de bescherming van een databank tegen herhaald en systematisch opvragen van gegevens, is te voorkomen dat de databank stukje bij beetje wordt 'uitgemolken', aldus de Minister in de parlementaire geschiedenis bij de Databankenwet, Nota naar aanleiding van het verslag, TK 26 108, nr. 6. Het lijkt mij geen vaststaand gegeven dat als er twee maal een website is bezocht, er direct sprake is van het uitmelken van de databank. Voorts stelt artikel 2, lid 1 Databankenwet als voorwaarde voor de bescherming tegen herhaald en systematisch opvragen dat 'dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of onge-rechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank'. Aan die voorwaarde toetst de Voorzieningenrechter niet. Nu gedaagde had gesteld dat de opgevraagde gegevens binnen een paar dagen waren

1. Deze noot verscheen eerder in Computerrecht 2008, nr. 3.

vernietigd en niet waren gebruikt, en de Voorzieningenrechter vaststelt dat WMS onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat gedaagde de opgevraagde gegevens wel had hergebruikt, had de Voorzieningenrechter mijns inziens ook kunnen concluderen dat er géén sprake was van inbreuk in de zin van artikel 2 lid 1 Databankenwet.

4. De Voorzieningenrechter legt een verbod op om de website van WMS nog te gebruiken. Dat verbod is zeer ruim geformuleerd, en dat kan mogelijk tot executiegeschillen leiden. Niet elk gebruik van de voor een ieder toegankelijke website van WMS zal immers een inbreuk op databankenrechten opleveren.

5. De Voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de termijn als bedoeld in artikel 260 Rv wordt bepaald op 6 maanden. Dat lijkt me een vergissing. Artikel 260 Rv beperkt zich tot die gebieden van de intellectuele eigendom die in het TRIPs-verdrag worden geregeld. Dat zijn met name het auteursrecht, de naburige rechten, het merkenrecht, het modellenrecht, het octrooirecht, de chips-bescherming en de know-how-bescherming. Niet hieronder vallen het handelsnaamrecht, en – voor deze zaak relevant – het databankenrecht. Het databankenrecht is een recht *sui generis*, en strikt genomen geen recht van intellectuele eigendom in de zin van het TRIPs-verdrag. In het kader van de komende wijzigingen in het Wetboek van Rv in verband met de implementatie van de Handhavingsrichtlijn worden in de nieuwe titel 15 van boek 3 Rv alle bepalingen over handhaving van intellectuele-eigendomsrechten bijeen gezet. Artikel 260 Rv wordt dan vernummerd tot 1019i Rv. In de Memorie van Toelichting is hierbij opgemerkt dat de betekenis van deze bepaling door plaatsing in titel 15 wordt verruimd tot alle intellectuele-eigendomsrechten waarop titel 15 betrekking heeft, en blijkt het nieuwe artikel 1019 Rv vallen daar ook handelsnamen en databanken onder. Als het nieuwe artikel 1019i Rv in werking is getreden moet er na een databankenrechtelijke voorlopige voorziening wel altijd een bodemprocedure volgen, zo volgt uit de Memorie van Toelichting. De tekst van artikel 1019i Rv is echter gelijk aan het huidige artikel 260 Rv, dat verwijst naar het TRIPs-verdrag, en is dus naar zijn letterlijke tekst niet van toepassing op databankenrechtelijke geschillen. Door deze discrepantie tussen de Memorie van Toelichting en de wettekst creëert de wetgever onduidelijkheid. Wellicht wordt de tekst van het nieuwe 1019i Rv voor implementatie nog aangepast, zodat duidelijk is of er nu wel of niet een bodemprocedure op een databankenrechtelijk kort geding dient te volgen.

6. Er is geen hoger beroep ingesteld.

mr. O.M.B.J. Volgenant²

2. Mr. O.M.B.J. Volgenant is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

**13. Noot bij EHvJ 29 januari 2008, C-275/06
Promusicae/Telefónica¹**

Doorgeven persoonsgegevens, auteursrecht, handhaving

De lidstaten zijn volgens de richtlijn inzake elektronische handel, de auteursrechtlijn, de handhavingsrichtlijn en de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie niet gehouden, in een situatie als die van het hoofdgeding (auteursrecht-handhavingsorganisatie die NAW-gegevens vordert van een provider) de verplichting op te leggen om ter verzekering van de doeltreffende bescherming van het auteursrecht in het kader van een civiele procedure persoonsgegevens te verstrekken. De lidstaten dienen er krachtens het gemeenschapsrecht bij de omzetting van deze richtlijnen wel acht op te slaan dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillen door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook acht op slaan dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.

1. Om auteursrechtinbreuken aan te pakken moet bekend zijn wie de inbreuk heeft gepleegd. Althans, dat vinden auteursrechthebbenden soms. Als het gaat om inbreuken die zijn gepleegd via peer-to-peer programma's, zoals KaZaA of BitTorrent, is niet altijd direct duidelijk wie de inbreukmaker is. Om deze reden doen rechthebbenden met enige regelmaat aan internetaanbieders het verzoek om verstrekking van de persoonsgegevens van de abonnee die via hun netwerk inbreuk zou hebben gemaakt op hun rechten.

2. In het Promusicae/Telefónica arrest ging het erom om wat lidstaten in nationale wetgeving daarover mogen of moeten regelen. Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of het gemeenschapsrecht zo moet worden uitgelegd dat de lidstaten gehouden zijn om te bepalen dat internetgebruiksgegevens en andere abonneegegegevens door internetaanbieders moeten worden verstrekt aan de auteursrechthebbenden, zodat deze in staat zijn om civiele procedures te voeren tegen de vermeende inbreukmakers.

3. Aanleiding voor het stellen van de vraag was een procedure bij een Spaanse rechter die auteursrechthebbenden organisatie Promusicae was begonnen tegen Telefónica. Abonnees van deze internetaanbieder zouden met behulp KaZaA

1. Deze noot verscheen eerder in het Tijdschrift voor Internetrecht, eerste jaargang nr. 2.

inbreuk hebben gemaakt op de rechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden. Promusicae wilde deze abonnees via civiele procedures aanpakken en verderde dat Telefonica haar voor dat doel de gegevens van de abonnees zou verstrekken. Telefónica weigerde dat. Uiteraard: internetaanbieders zijn doorgaans terughoudend als hun wordt gevraagd om mee te werken aan de aantasting van privacyrechten van hun abonnees.

4. In de formulering van zijn vraag geeft de Spaanse rechter aan binnen welke kaders deze vraag volgens hem moet worden beantwoord. Hij noemt een aantal bepalingen in de Richtlijn Elektronische handel 2000/31, de Auteursrechtlijn 2001/29 en de Handhavingsrichtlijn 2004/48 – een en ander mede gezien in het licht van de artikelen 17 en 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Allemaal bepalingen die verlangen dat intellectuele eigendomsrechten op adequate wijze worden beschermd.

5. Het is intrigerend dat de Spaanse rechter in zijn vraagstelling opzichtig niet verwijst naar de Privacyrichtlijn 95/46 en de Richtlijn Privacy en elektronische communicatie 2002/58, of ook maar naar artikel 7 van het Handvest, waarin privacyrechten zijn geregeld. Ik krijg in elk geval de indruk dat deze rechter erop aanstuurt dat voorbij wordt gegaan aan privacybelangen van de abonnees. Het Hof laat dat echter niet gebeuren en begint, zoals het hoort, met de voorvraag of deze privacyrichtlijnen überhaupt toestaan dat de gegevens worden verstrekt ten behoeve van civiele procedures.

Mogen de gegevens, gelet op de privacyrichtlijnen, überhaupt worden verstrekt?

6. In de procedure was zonder meer duidelijk dat het ging om persoonsgegevens, en dus dat het verstrekken daarvan onder de beide privacyrichtlijnen valt. De eerste relevante bepaling is dan artikel 5, eerste lid, van Richtlijn 2002/58. In deze bepaling, waaraan de Nederlandse wetgever uitvoering heeft gegeven in artikel 11.2 van de Telecommunicatiewet (“Tw”), staat dat de vertrouwelijkheid van internetgebruiksgegevens (zgn. verkeersgegevens) moeten worden gewaarborgd en dat deze gegevens niet zonder toestemming aan derden mogen worden verstrekt. Dit uitgangspunt wordt uitgewerkt in artikel 6 van dezelfde richtlijn, in Nederland geïmplementeerd in artikel 11.5 Tw. Op grond daarvan moeten de gegevens worden verwijderd als de internetaanbieder ze niet langer nodig heeft voor de levering of facturering van de elektronische communicatiedienst, waaronder mede begrepen het verstrekken van inlichtingen aan abonnees, het oplossen van geschillen tussen de aanbieder en de abonnee, de opsporing van fraude, het verkeersbeheer, en dergelijke. Een en ander omvat niet het verstrekken van de gegevens aan derden, zoals Promusicae, om deze te helpen bij het voeren van civiele procedures tegen abonnees.

7. Er zijn echter, zoals altijd, wel uitzonderingen op een en ander. In afwijking van voornoemde bepalingen stelt artikel 15, eerste lid, van de richtlijn dat de gegevens wél mogen worden bewaard en aan derden worden verstrekt als de gegevens nodig zijn ten behoeve van de nationale veiligheid, de landsverdediging en dergelijke.

Daar heeft Promusicae echter niets aan. In het Lindqvist-arrest (Zaak C 101/01, *Jurispr.* p. I 12971) had het Hof al uitgemaakt dat deze uitzondering alléén ziet op specifieke activiteiten van staten, en uitdrukkelijk niet op die van particulieren.

8. Toch ziet het Hof, via een getrapte redenering, een mogelijkheid. In hetzelfde artikel 15 van Richtlijn 2002/58/EG wordt het dat nationale wetgevers ook toegestaan te bepalen dat de gegevens aan derden mogen worden verstrekt als dat nodig is voor onderzoek, opsporing en vervolging van strafbare feiten én het onbevoegd gebruik van elektronische communicatie. In dat verband verwijst dit artikel naar een bepaling uit de Privacyrichtlijn 96/46, te weten artikel 13, eerste lid, van Privacyrichtlijn 95/46/EG. Op grond van dit artikel, dat in Nederland is geïmplementeerd in artikel 43 van de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP), kan gegevensverstrekking ook zijn toegestaan als dat nodig is voor de bescherming van rechten van anderen dan de betrokken abonnees. Het Hof redeneert vervolgens dat de gemeenschapswetgever via deze verwijzing naar artikel 13 het mogelijk heeft gemaakt dat de gegevens toch worden verstrekt aan particulieren, ten behoeve van het voeren van civiele procedures.

9. De door het Hof geformuleerde voorvraag of de privacyrichtlijnen überhaupt toestaan dat de gegevens aan derden worden verstrekt, wordt daarmee door hem bevestigend beantwoord.

10. Helemaal overtuigend vind ik deze redenering van het Hof niet. Het Hof veronderstelt kennelijk dat het voeren van civielrechtelijke procedures tegen mogelijke inbreukmakers valt onder 'voorkomen, onderzoek, opsporing en vervolging van [...] onbevoegd gebruik van elektronische communicatie'. Het komt aanneemelijk voor dat er in de situatie van Promusicae inderdaad sprake kan zijn van 'onbevoegd gebruik van elektronische communicatie'. Veel minder vanzelfsprekend vind ik dat het voeren van civielrechtelijke procedures kan worden gebracht onder de noemer 'voorkomen, onderzoek, opsporing en vervolging'. Deze bewoordingen duiden naar mijn gevoel op een strafrechtelijke context, en niet op de civielrechtelijke context waarbinnen Promusicae de gegevens wil gaan gebruiken. En daaraan gaat het Hof naar mijn smaak iets te gemakkelijk voorbij.

Moeten de gegevens worden verstrekt?

11. De eigenlijke vraag van de Spaanse rechter was of de lidstaten zouden moeten bepalen dat de gegevens aan auteursrechtbelangenorganisaties als Promusicae moeten worden verstrekt. Als kader voor de beantwoording van deze vraag noemt deze rechter de Richtlijn Elektronische handel 2000/31, de Auteursrechtlijn 2001/29 en de Handhavingsrichtlijn 2004/48 alsmede artikel 17 en 47 van het Handvest.

12. Verschillende bepalingen in de genoemde richtlijnen verlangen dat de nationale wetgever voorziet in de rechtsmiddelen waarmee de bescherming van auteursrechten kan worden afgedwongen. Zo staat in artikel 8 van de Auteursrechtlijn dat de lidstaten moeten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot auteursrechtinbreuken. Ook moeten zij ervoor zorgen dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk kunnen worden toegepast.

13. Andere bepalingen uit de genoemde richtlijnen bieden nationale wetgevers verder de mogelijkheid om internetaanbieders te verplichten om daartoe gegevens te verstrekken aan rechthebbenden. Artikel 8 van de Handhavingsrichtlijn, in Nederland geïmplementeerd in artikel 28, negende lid, van de Auteurswet (Aw), stelt bijvoorbeeld dat de rechter kan gelasten dat informatie, waaronder abonneegegevens, over inbreukmakende goederen of diensten wordt verstrekt.

14. Het Hof loopt al deze bepalingen af en concludeert vervolgens dat geen daarvan zonder meer verlangt dat de door Promusicae gewenste gegevensverstrekkingplicht in de wet wordt opgenomen. Het is, zo stelt het Hof, een kwestie van het vinden van het juiste evenwicht tussen enerzijds het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds het recht op bescherming van intellectuele eigendom. Dit evenwicht moet worden gevonden binnen de kaders van de door de Spaanse rechter genoemde richtlijnen én de privacyrichtlijn 2002/58/EG. Al deze richtlijnen laten een ruime beoordelingsmarge aan de nationale wetgever. En alle, ook de auteursrechtelijke richtlijnen, verlangen dat bij de afweging van de belangen ook rekening wordt gehouden met privacyrechten.

15. Anders dan Promusicae had gehoopt, en ook anders dan waarop de Spaanse rechter in zijn vraagstelling lijkt te hebben aangestuurd, is er dus geen sprake van dat nationale wetgevers gehouden zijn om te voorzien in de door Promusicae gewenste verplichting. De lidstaten zijn niet verplicht om te bepalen dat abonneegegevens aan auteursrechtelijken worden verstrekt als er sprake is van een vermeende auteursrechtinbreuk. Het móet niet, maar het mág wel, zolang daarbij rekening wordt gehouden met mensenrechten en andere beginselen van het gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel. Aldus het Hof.

So, what else is new?

16. Verrassend is het oordeel van het Hof niet. Het gemeenschapsrecht beschermt zowel de privacybelangen van abonnees als de rechten van auteursrechtelijken. En in de situatie waarin het éne met het andere in conflict komt moet een afweging worden gemaakt. Weinig nieuws onder de zon. In elk geval niet voor Nederland.

17. Er zijn in Nederland verschillende procedures geweest waarin auteursrechtelijken, vaak met behulp van de Stichting Brein, via de rechter hebben geprobeerd van internetaanbieders gegevens te verkrijgen van de abonnees die auteursrechtinbreuk zouden hebben gemaakt. En hoewel niet in al deze procedures het privacybelang van de abonnees uitdrukkelijk werd meegewogen,² kan uit het Lycos/Pessers-arrest (HR 25 november 2005 *LJN* AU4019) worden opgemaakt dat dit wél zou moeten, omdat de WBP dat verlangt.³

2. Een voorbeeld van een procedure waarin aan het privacy-belang niet of nauwelijks gewicht lijkt te zijn toegekend is Rechtbank 's-Gravenhage 5 januari 2007, *LJN* AZ5678.

3. Vgl. Rechtbank Amsterdam 21 juni 2006, *LJN* BA7810.

18. In een recente brief aan de Kamer reageert de minister van Justitie op het arrest van het Hof.⁴ Het arrest geeft volgens hem geen aanleiding tot wijziging van beleid of wetgeving met betrekking tot bescherming van auteursrechten en andere rechten van intellectuele eigendom. Hij wijst daarbij op het hiervoor genoemde artikel 28, negende lid, Aw dat bepaalt dat de rechter in procedures over auteursrechtinbreuken op verzoek van de eiser kan opdragen dat abonneegegevens worden verstrekt. In zo een geval wordt ook het privacybelang van de vermeende inbreukmaker meegewogen.

19. Intussen, enkele jaren nadat de prejudiciële vraag werd gesteld, is het gemeenschapsrecht enigszins veranderd. De zgn. Data Retentie Richtlijn 2006/24 verlangt dat lidstaten aan internetaanbieders de verplichting opleggen om internetgebruiksgegevens- en andere verkeersgegevens gedurende tenminste 6 maanden en maximaal 24 maanden te bewaren, en dat om te verzekeren dat die gegevens beschikbaar zijn voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit. Deze gegevens mogen vervolgens, zo stelt deze richtlijn, alleen aan bevoegde nationale autoriteiten worden verstrekt. En dat alleen volgens procedures die door de lidstaten in wetgeving zijn vastgelegd, rekening houdend met relevante bepalingen van de Europese Unie of van internationaal recht, zoals het EVRM.

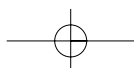
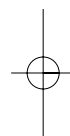
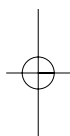
20. Deze richtlijn had, ook voor wat betreft de internetgebruiksgegevens, al enige tijd geleden in Nederland moeten zijn geïmplementeerd.⁵ Het wetsvoorstel (*Kamerstukken* 31 145) dat dit beoogt, zal zo goed als zeker niet voor de zomer inwerkingtreden. Een interessante vraag is of de gegevens die op grond van de nieuwe wet moeten worden bewaard, al dan niet aan rechthebbenden zouden mogen worden verstrekt in het kader van civiele procedures tegen vermeende inbreukmakers. Het komt mij voor dat de tekst van de Data Retentie Richtlijn daarvoor géén mogelijkheden biedt. Omdat auteursrechthebbenden dit waarschijnlijk anders zien, zou dit wel eens aanleiding kunnen zijn voor nieuwe procedures en wellicht nieuwe prejudiciële vragen.

Op deze tekst is een Creative Commons Licentie (by-nc-nd 2.5 Netherlands) van toepassing. Zie: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/nl>.

Een versie van deze tekst met enige links naar rechtspraak enz. is te vinden op <http://weblog.leidenuniv.nl/users/zwennegj>

Gerrit-Jan Zwenne⁶

4. Brief aan de Vvr van de Tweede Kamer d.d. 20 maart jl., *Kamerstukken* II 2007/2008, 29383, nr. 7.
5. Veel lidstaten hebben hier gebruik gemaakt van de in artikel 15, derde lid, van de richtlijn geboden mogelijkheid om de implementatie van de verplichting voor internetgebruiksgegevens met 18 maanden uit te stellen, te rekenen vanaf 15 maart 2009. Om onduidelijke redenen heeft Nederland er evenwel voor gekozen voor een uitstel van ten hoogste 18 maanden, te rekenen de datum van de *inwerkingtreding van de richtlijn*, wat neerkomt op een uitstel van enige maanden. Volgens mijn berekening had Nederland deze verplichting uiterlijk begin november 2007 in nationale wetgeving moeten omzetten. Voorzover bekend is de Commissie nog geen infractieprocedure begonnen.
6. Gerrit-Jan Zwenne is verbonden aan eLaw@Leiden, het onderzoekscentrum voor recht in de informatiemaatschappij. Ook is hij advocaat bij Bird & Bird te Den Haag.



14. Hof 's Hertogenbosch 22 januari 2008
Otto LCD tv's hoger beroep
LJN-nummer BC2420

E-commerce, aanbod, aanvaarding, wilsgebrek, gerechtvaardigd vertrouwen

Otto bood op haar website een LCD-tv te koop aan voor € 99. Een groot aantal consumenten heeft deze tv besteld. Hof: er is i.c. geen sprake van een geldig aanbod, en dus komt door aanvaarding ervan ook geen overeenkomst tot stand. Zo het de consument al niet meteen duidelijk behoort te zijn dat hier een vergissing in het spel is, dan is het verschil in prijs zo aanzienlijk dat er in ieder geval reden is voor twijfel. Ingeval van twijfel omtrent de juistheid van de prijs dient de consument dienaangaande nader onderzoek te verrichten (artikel 3:11 BW). Niet in te zien valt dat dit, zoals de Stichting betoogt, leidt tot wanorde op het internet. Bij de beoordeling van het gerechtvaardigd vertrouwen is niet van belang dat Otto de lcd televisie gedurende zeven dagen aanvankelijk voor een prijs van € 99,90, na drie dagen gewijzigd in een prijs van € 99,00, op haar website te koop heeft laten staan. Ook de door Otto tot tweemaal toe verstuurde bevestiging is bij de beoordeling van het gerechtvaardigd vertrouwen niet relevant. Het vertrouwen van de consument moet immers zijn gebaseerd op omstandigheden aanwezig ten tijde van de aanvaarding en de bevestiging is eerst daarna ontvangen.

1. Deze zaak kreeg veel aandacht in de media. Het bekende beginsel 'wat offline geldt, geldt ook online' lijkt hier door de rechter nadrukkelijk losgelaten. Het is immers niet denkbaar dat een winkelier van een fysieke winkel ongestraft een week lang een verkeerde prijs mag voeren, daarover in de media breeduit vertellen ("ons prijsbordje klopt niet") en vervolgens op geen enkele wijze verantwoordelijk wordt gehouden. Toch is dat wat er in deze zaak is gebeurd. Zelfs na zeven dagen vindt de rechter dat een foutieve verkoopprijs niet een geldig aanbod inhoudt, er zou ook dan nog licht zitten tussen wil en verklaring.

2. De rechter gaat gelijk aan het begin in de fout, door het aanbod als geldig te kwalificeren: "Otto heeft in dat verband genoegzaam aangetoond dat door een fout in haar computersysteem de bij de wandsteun behorende prijs abusievelijk als koopprijs bij de lcd televisie is vermeld." (r.o. 4.9). Deze constatering is merkwaaardig. Eerder in het vonnis is namelijk te lezen: "Pogingen daartoe hebben om niet opgehelderde technische redenen gefaald waarbij ongelukkigerwijs wél een aanpassing van de prijs van € 99,90 naar € 99,00 heeft plaatsgevonden." (r.o. 4.5). Otto mag zich blijkbaar verschuilen achter niet opgehelderde technische redenen. Het voert voor een kort geding mogelijk te ver, maar iets meer uitleg over de technische redenen dat het zo lang duurde was wel op zijn plaats geweest. Tijdens een college voor informaticastudenten heb ik me laten vertellen dat het soms enige

tijd kan duren voordat een prijswijziging is doorgevoerd, maar nooit meer dan een of twee dagen. Hier had de rechter aandacht aan moeten besteden in de OTTO-zaak, maar doet dit dus niet. Ik begrijp dat er sprake is van oneigenlijke dwaling als je een LCD TV veel te goedkoop aanbiedt. Verklaring en wil stemmen dan niet overeen, althans gedurende enige tijd. Na een week vergaat wat mij betreft dit beroep op oneigenlijke dwaling. Zeker als je uitgebreid in een nationale radio-uitzending als bedrijf aangeeft dat er een foutieve prijs op de site staat en dan pas aan het eind van diezelfde dag (vlak voor 12 uur 's avonds en duizenden bestelde TVs later) in staat blijkt de prijs te wijzigen. Hier gaat de rechter helaas helemaal aan voorbij.

3. Als we ervan uitgaan dat OTTO op enig moment (bijvoorbeeld na een dag of 3, of vanaf de radio-uitzending) zich niet meer kan beroepen op oneigenlijke dwaling, dan is er vanaf dat moment een geldig aanbod. Nogmaals, je kunt niet met droge ogen beweren dat het 6 dagen duurt om een prijs te wijzigen, dat is technisch en praktisch gezien niet aannemelijk te maken. Dit betekent dat in de gegeven omstandigheden juridisch gezien het aanbod als in overeenstemming met de wil van de verklaarder moet worden gezien, ongeacht wat hij daar verder over beweert. Het kan natuurlijk allemaal knulligheid zijn, maar ook die kun je een professioneel bedrijf aanrekenen. Interessant aan deze redenering is dat hierdoor het er niet meer toe doet of de consument al dan niet te goeder trouw was, er wordt immers een geldig aanbod aanvaard. Er is hier juridisch niet echt een spel tussen te krijgen, praktisch gezien is het wat vreemd dat degenen die echt zeker wisten dat de prijs niet klopte de TV daarvoor krijgen. Hoe het zij, door de Hoge Raad of in de bodemprocedure moet hier op worden ingegaan.

4. De rechter beperkt zich enkel tot de eerste groep afnemers, begrijpelijk vanuit het perspectief dat het aanbod gedurende het gehele traject als ongeldig wordt gezien. Die eerste groep zou zich nog op gerechtvaardigd vertrouwen kunnen beroepen. Dat wordt door de rechter overtuigend weerlegd. Een consument op zoek naar een LCD TV zal een bepaald idee hebben over welke prijs redelijk is. Als dan vervolgens een TV wordt gevonden van het merk Philips voor een onwaarschijnlijk lage prijs, terwijl niet blijkt dat het om een stuntaanbieding, een prijsknaller of een anderszins 'bijzonder' aanbod gaat, dan moet deze consument begrijpen dat sprake is van een vergissing. Daar is weinig op af te dingen.

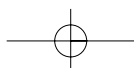
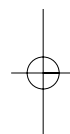
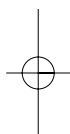
5. Het kan ook anders. In Canada bood een vliegtuigmaatschappij tickets naar Hawaï aan voor minder dan 100 dollar, waar deze normaal bijna het tienvoudige kosten. Wat deed de luchtvaartmaatschappij? De tickets leveren voor de (veel te) lage prijs! Bol.com overkwam in de lente van 2007 hetzelfde, toen een camera van 350 euro voor minder dan 30 euro werd aangeboden, waarbij bovendien precies werd aangegeven dat dit een korting van 92% betrof. Het bleek lastig de prijs snel te wijzigen, maar na een dag of wat was de juiste prijs weer online. In de tussentijd werd aangegeven dat de camera niet leverbaar was, een handeling die minder lastig is dan de prijs veranderen. Aan de consumenten die dachten de camera goedkoop gekocht te hebben gaf Bol.com meen ik een tegoedbon. Ook deed Bol.com een beroep op haar algemene voorwaarden die aangeven dat hun aanbod geen aanbod is maar slechts een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Nu mag

je van alles bepalen in algemene voorwaarden, maar niet dat een juridisch geldig aanbod (voldoende bepaald is en er geen ruimte is voor onderhandelen) GEEN aanbod is.

6. Over de geldigheid van de overeenkomst wordt onder andere aangevoerd: “Otto heeft nota bene en ten overvloede door middel van haar tot tweemaal toe (via internet en e-mail) verzonden opdrachtbevestiging de juistheid van haar eerder gedane aanbod bevestigd alsmede de aanvaarding daarvan door de consumenten.” Deze redenering klopt niet. De elektronische bevestiging heeft geen constitutieve waarde, maar is een technische bevestiging van het ontvangen aanbod dat er enkel ovp gericht is aan de afnemer duidelijk te maken dat het aanbod ontvangen is. De betekenis die de consumenten eraan hechten is er niet aan te ontleenen. De overeenkomst is dan immers al tot stand gekomen. Wat juridisch gezien wel gevolgen heeft is het niet zo spoedig mogelijk bevestigen. Zo lang niet bevestigd is kan ontbonden worden.

A.R. Lodder¹

1. Arno Lodder is sectiehoofd IT-recht Computer/Law Institute en directeur van het Centre for Electronic Dispute Resolution.



**15. Noot bij Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 24 januari 2008
eDonkey
IER 2008, 61¹**

Auteursrecht, peer-to-peer netwerk, eDonkey, onrechtmatige daad, structureel en systematisch behulpzaam zijn

Het doel van gedaagde's website is uitsluitend om uit het onoverzichtelijke aanbod van ongeautoriseerde openbaarmakingen die bestanden te selecteren, waarvan vaststaat dat deze de juiste inhoud hebben en niet zijn vervuild met een virus. Vervolgens wordt aan gebruikers de mogelijkheid geboden om die aldus geselecteerde bestanden, overzichtelijk onderverdeeld in categorieën, via het eDonkey netwerk te downloaden. Het is bekend dat ongeveer 95% van de door hem samen met anderen geselecteerde bestanden openbaar zijn gemaakt zonder toestemming van de rechthebbers. Zijn website faciliteert dus systematisch en structureel het downloaden van bestanden die slechts door inbreuken op rechten van anderen beschikbaar gesteld zijn. Gedaagde genereert hier geen inkomsten mee. Het is uitsluitend een hobby.

Het puur als hobby structureel en systematisch behulpzaam zijn bij het gebruik maken van inbreuken, zonder rekening te houden met de belangen van de rechthebbenden, is in strijd met de zorgvuldigheid die M. in het maatschappelijk verkeer betaamt en dus onrechtmatig jegens die rechthebbers wier belang Brein vertegenwoordigt.

1. Met het open-source filesharing-programma eMule kan met behulp van zoektermen op het eDonkey2000 netwerk (ed2k) gezocht worden naar bestanden die bij een of meer gebruikers van het eDonkey netwerk op de computer staan. Deze kunnen vervolgens (in porties, afkomstig van verschillende computers) worden gedownload. Elk bestand is voorzien van een unieke hashcode, dat is een voor eDonkey begrijpelijk alter-ego van een bestand. Een praktisch nadeel van het eDonkey netwerk is dat er veel met bijvoorbeeld een virus vervuilde bestanden op rondgaan.

2. De website www.shareconnector.com bevat een op titel doorzoekbaar overzicht van hashcodes van niet-vervuilde bestanden. Het gaat daarbij in 95% van de gevallen (aldus TNO-rapport 2007) om auteursrechtelijk beschermde werken. Internetgebruikers die bijvoorbeeld op zoek waren naar de nieuwste Spielberg-film konden op ShareConnector (SC) terecht voor de hashcode van het goed werkende, niet vervuilde bestand. Deze hashcode kon worden gedownload en vervolgens (automatisch) in eMule ingevoerd zodat het downloaden kon worden gestart. ShareConnector linkte dus niet naar de beschermde werken, maar voorzag in een

1. Deze noot verscheen eerder in het Tijdschrift Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER).

directe downloadinstructie met behulp van het programma eMule. Gebruikers van ShareConnector droegen mede bij aan de website door zelf hashcodes aan te bieden die door de redactie van ShareConnector werden geverifieerd.

3. Nadat de strafrechtelijke vervolging wegens opzettelijke auteursrechtinbreuk niet had geleid tot veroordeling van de eigenaar van ShareConnector ('M'),² entameerde Brein een kort geding en ging daarbij voor twee ankers liggen: inbreuk op auteursrecht en onrechtmatig handelen. Volgens Brein wordt inbreuk gemaakt op het auteursrecht van de door haar vertegenwoordigde rechthebbenden omdat (r.o. 3.2): 'Het aanbieden van een hashlink niet anders [is] dan het ter beschikking stellen van het bijbehorende bestand. Het downloaden van een hashlink is niet anders dan het downloaden van bijvoorbeeld een film' (...) 'Brein is van mening dat M. tezamen met de overige beheerders van ShareConnector zowel in functionele als juridische zin moeten worden aangemerkt als degenen die zelf (mede) openbaar hebben gemaakt'. Brein pleit hiermee voor een functionele uitleg van het openbaarmakingsbegrip. Hij die op welke wijze dan ook toegang mogelijk maakt tot een werk of de locatie waar het te vinden is aanwijst, maakt het werk in functioneel opzicht openbaar.

4. De voorzieningenrechter volgt deze redenering niet. Gedaagde selecteert en indexeert de via het eDonkey netwerk beschikbare bestanden en maakt deze toegankelijk via het eDonkey peer-to-peer netwerk, maar beschikt niet zelf over de bestanden en maakt dus niet zelf openbaar (r.o. 4.3). Deze uitkomst verrast niet. In de rechtspraak kunnen geen aanknopingspunten gevonden worden voor een functioneel openbaarmakingsbegrip. Dat het enkele toegankelijk maken van bestanden niet als openbaarmakingshandeling wordt aangemerkt, is ook geoordeeld in onder meer de zaak Techno Design, waarin is beslist dat links op de website van Techno Design (www.zoekmp3.nl) die verwezen naar auteursrechtelijk beschermde informatie op een andere server dan die waarvan gelinkt werd, geen primaire openbaarmaking in de zin van de Auteurswet vormden. Evenmin was sprake van secundaire openbaarmaking nu het werk niet werd doorgegeven via de site van waaraf gelinkt werd. Dit deel van de rechtbankuitspraak bleef intact in het hoger beroep.³ Deze lijn werd onverkort gevolgd in de Dutchtorrent-zaak uit 2007.⁴

5. Kansrijker was dan ook de actie uit onrechtmatige daad. Hoewel het in beginsel iedereen vrijstaat om op internet beschikbare bestanden te selecteren en te indexeren en die vervolgens voor anderen toegankelijk te maken, wordt dit in deze uitspraak in de gegeven omstandigheden als onrechtmatig aangemerkt. Daarbij speelt volgens de voorzieningenrechter een rol dat het doel van de website uitsluitend is om uit het onoverzichtelijke aanbod van ongeautoriseerde openbaarmakingen die bestanden te selecteren, waarvan vaststaat dat deze de juiste inhoud hebben en niet zijn vervuild met een virus. Bovendien wordt aan gebrui-

2. Rb. Rotterdam 25 januari 2007, LJN: BB0268.

3. Rb. Haarlem 12 mei 2004, AMI 2004-5, p. 185-193; Hof Amsterdam 15 juni 2006, AMI 2006, p. 173 (Techno Design/Brein).

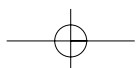
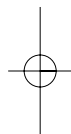
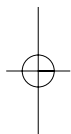
4. Rb. 's-Gravenhage 5 januari 2007, Rechtspraak.nl, LJN: AZ5678 (Dutchtorrent).

kers de mogelijkheid geboden om de geselecteerde bestanden — waarvan is komen vast te staan dat 95% is openbaargemaakt zonder toestemming van de maker — overzichtelijk onderverdeeld in categorieën, via het eDonkey netwerk te downloaden. De website faciliteert zo systematisch en structureel het downloaden van bestanden die door inbreuk op rechten van anderen beschikbaar zijn gesteld.

6. Interessant in onderhavig vonnis is vooral het vastgestelde ontbreken van een winstoogmerk van de websitehouder. In de eerder besproken rechtspraak was steeds sprake van diensten die de websitehouders geld opleverden door bijvoorbeeld het plaatsen van advertenties op de site. In zowel de Techno Design- als de zoekmp3-zaak was dat een van de doorslaggevende aspecten bij het oordeel over de onrechtmatigheid. Anders dan in die zaken oordeelt de voorzieningenrechter in het onderhavige geval dat het bij wijze van hobby structureel en systematisch behulpzaam zijn bij het gebruikmaken van door derden gemaakte inbreuken, zonder rekening te houden met de belangen van de rechthebbenden, in strijd is met de zorgvuldigheid die gedaagde in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat dit handelen van de hobbyist-websitehouder schadelijk is voor de door Brein vertegenwoordigde rechthebbenden wil de voorzieningenrechter wel aannemen.

Prof. mr. drs. M. de Cock Buning⁵

5. Madeleine de Cock Buning is advocaat bij De Brauw en hoogleraar auteursrecht en media- en communicatierecht aan de Universiteit Utrecht.



16. Noot bij Rechtbank 's Hertogenbosch d.d. 4 februari 2008
Virtuele kinderporno
LJN-nummer BC3225

Virtuele kinderporno

Veroordeling voor onder meer ontuchtige handelingen plegen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren, meermalen gepleegd; poging tot verleiding van iemand beneden de leeftijd van 18 jaren; en kinderporno vervaardigen en in het bezit hebben. Het betreffende filmpje is volledig virtueel gemaakt op de computer en daarvoor zijn geen echte mensen gebruikt. De rechtbank heeft uit de bewijsmiddelen de overtuiging gekregen dat hier sprake is van een virtueel meisje dat als het ware in de prepuberteit is en dat dus de kennelijke leeftijd van achttien jaar bij lange na niet heeft bereikt, alsmede dat het gebeuren, incl. de afgebeelde personen, weliswaar voor volwassenen van echt is te onderscheiden, maar niet voor het gemiddelde kind. In verband met dat laatste merkt de rechtbank op dat dit naar haar oordeel in het onderhavige geval de criteriumfiguur moet zijn waartegen wordt getoetst, zulks temeer nu de maker van het filmpje blijkens de zo-even weergegeven titel en aankondiging, de cursusachtig aandoende weergave van manuele bevrediging en de vrolijke omlijsting op die doelgroep mikt. Deze conclusies verhouden zich naar het oordeel van de rechtbank bij uitstek met de toegevoegde grond voor strafbaarstelling, te weten 'bescherming tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert.'

1. Voor de eerste maal sinds de wetwijziging van 2002 spreekt de rechter zich uit over de strafbaarheid van het bezit van zgn. virtuele kinderporno. In de zaak volgde geen hoger beroep, noch kwam dit onderwerp in andere gepubliceerde rechtszaken aan de orde, zodat aan de uitspraak van de rechtbank vooralsnog de status van als Witte Raaf kan worden toegekend.¹

2. In deze zaak wordt de verdachte vervolgd wegens het meerdere malen plegen van ontuchtige handelingen met kleine kinderen. Het aantal strafzaken tegen gepakte pedofielen lijkt – als we af mogen gaan op een globale indruk van de geplaatste jurisprudentie – de laatste jaren toe te nemen, in alle arrondissementen. De vraag is dan of het verschijnsel in absolute zin toeneemt of dat de handhaving effectiever is. Zorgelijk is het intussen wel en het verklaart de toegenomen inspanningen zowel nationaal als internationaal om niet alleen het misbruik zelf

1. Zie ook W.Ph. Stol, H.W.K. Kaspersen, J. Kerstens, E.R. Leukfeldt, A.R. Lodder, Filteren van kinderporno op Internet, WODC 2008, p. 31.

te bestrijden maar ook de daarmee samenhangende uitingen ter stimulering of verspreiding van dat misbruik, die profiteren van de communicatiemogelijkheden van het internet. In dat laatste geval gaat het om de bestrijding van kinderporno, in Nederland onderwerp van art. 240a Sr.

3. In deze strafzaak gaat het mede om het bezit van verschillende kinderpornografische afbeeldingen waarop seksuele gedragingen met kinderen worden weergegeven. Deze afbeeldingen zijn onder verdachte in beslag genomen en de rechtbank acht dan ook bewezen dat de verdachte het strafbare feit van art. 240b Sr meermalen heeft begaan. Een van de items die op de computer van verdachte werd aangetroffen was een video met waarop gemanipuleerde beelden van een ca 8-jarig kind betrokken in een seksuele gedraging met een volwassene. Het filmpje is geen weergave van echter personen van vlees en bloed, maar een zgn. animatie. Voor een nadere beschrijving van het filmpje verwijs ik naar het vonnis waarin het voldoende beeldende p.v. van de zedenrechercheur (verbalisant 1) is weergegeven.

4. Art. 240a Sr stelt niet alleen strafbaar de vervaardiging, verspreiding en het bezit² van afbeeldingen van personen van jonger dan 18 jaar die *kennelijk* betrokken zijn, of *schijnbaar* (curs. HK) betrokken zijn, in een seksuele gedraging. Met het gecursiveerde bestanddeel schijnbaar beoogt de wetgever afbeeldingen in te sluiten, die een voorstelling geven van een persoon jonger dan achttien jaar betrokken in een seksuele gedraging, maar waarbij geen echte levende, persoon van die leeftijd is betrokken. Het bestanddeel ‘kennelijk’ geeft aan dat het i.c. niet om de werkelijke leeftijd gaat: de bepaling sluit ook afbeeldingen in van personen betrokken in een seksuele gedraging, die er uit zien als personen jonger dan achttien jaar. Bij afbeeldingen van niet-reële personen is een leeftijd in zoverre niet relevant dat het er alleen om gaat dat zij er uit zien als een persoon jonger dan achttien jaar.³ De ratio van art. 240b Sr is daardoor niet langer de bescherming van de (afgebeelde) jeugdige, maar beoogt ook “bescherming te bieden tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden deel te nemen aan seksueel gedrag en gedrag dat deel uit kan gaan maken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert”. Met het citeren van deze zinsnede kiest de rechtbank overeenkomstige passage uit de Aanwijzing van het Openbaar Ministerie als uitgangspunt.⁴ De rechtbank neemt in zijn beschouwingen de internationale achtergrond van de wetwijziging mee.⁵ Deze internationale regulering heeft het over ‘realistische afbeeldingen’. Die bewoording vinden we niet terug in de wetstekst. De Minister van Justitie gaf destijds aan dat art. 240b Sr naar zijn opvatting niet zou moeten zien op onrealistische afbeeldingen of op creatieve uitingen van de menselijke geest. Met andere woorden: wat precies onder virtuele kinderporno moet worden verstaan wordt in belangrijke mate

2. Het eerste lid van art. 240b noemt nog: openlijk tentoonstellen, invoeren en doorvoeren.

3. TK 2001-2002 27 745, nr. 6, p. 6-8, EK 27 745, nr. 299b, p. 2-9. Stb. 2002, 388.

4. Zoals laatstelijk gewijzigd 30 juli 2007, Stcrt. 2007, 162.

5. Art. 9 Cybercrimeverdrag (Trb 2007, 10), art. 3 Kaderbesluit 2004/68/JBZ 22 december 2003 (OJ L 13 d.d. 20 januari 2004, 13).

aan de rechter overgelaten. De Aanwijzing Kinderpornografie van het Openbaar Ministerie spreekt overigens over 'realistisch, niet van echt te onderscheiden'. Dat laatste is naar mijn gevoel een te beperkte uitleg van realistisch, al zal toepassing van beide criteria los van elkaar vaak hetzelfde resultaat opleveren. Het tweede criterium is van technische aard en stelt in feite een strengere eis dan het eerste. Het inzicht dat animatietechnieken zijn gebruikt, behoeft niet te betekenen dat de afbeelding geen realistisch karakter heeft en als zodanig wordt ervaren. Deze criteria zijn bovendien subjectief te noemen. In wiens waarneming en waardering dient de afbeelding 'realistisch of niet van echt te onderscheiden' over te komen? Van de producent, de verspreider, de bezitter, derden? Kan de intentie van deze personen ten aanzien van het vervaardigen, verspreiden, bezitten daarbij van betekenis zijn?

5. Of een afbeelding van virtuele kinderporno als realistisch moet worden aangemerkt, argumenteert de rechtbank op de voet van de wetsgeschiedenis, hangt mede af van de context: het gewraakte filmpje richt zich gezien zijn omlijsting en inrichting kennelijk op een doelgroep van jeugdigen met de bedoeling om hen aan te moedigen of te verleiden tot deelname aan seksueel gedrag en gedrag dat deel uit kan gaan maken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. Of het filmpje en de beelden uit het filmpje realistisch zijn of niet van echt te onderscheiden, dient niet te worden beoordeeld uit het perspectief van volwassenen maar vanuit het oogpunt van het gemiddelde kind. En voor het gemiddelde kind wordt aan die eis volgens de rechtbank voldaan.

6. De rechtbank betreft de intenties van de maker (impliciet) bij haar beoordeling van het filmpje. Dat lijkt mij terecht. Het filmpje heeft een cursusachtige opzet en een muzikale omlijsting die aantrekkelijk is voor kinderen. De maker van de film mikt kennelijk op een doelgroep van kinderen. De rechtbank toetst vervolgens of het gemiddelde kind deze film als realistisch c.q. niet van echt te onderscheiden ervaart. Wat de rechtbank als het gemiddelde kind beschouwt wordt niet nader omschreven. Ik neem aan dat de rechtbank doelt op het gemiddelde kind uit de door de maker beoogde doelgroep. Tot deze doelgroep behoren kinderen die kunnen begrijpen wat de betreffende afbeeldingen voorstellen, impliceren of suggereren. Niet tot deze groep behoren kinderen die kunnen het verschil kennen tussen echte opnames en animaties en deze van elkaar kunnen onderscheiden. Naar mijn mening moet hier primair worden uitgegaan van de bedoeling van de maker van de film en niet van het antwoord op de vraag of het gemiddelde kind de film daadwerkelijk als realistisch ervaart. Het is immers moeilijk aan te geven over welk kind of kinderen het gaat. Het lijkt mij voor de bewezenverklaring voldoende vast te stellen dat het filmpje door de maker beoogd is – en als voldoende realistisch – ook geschikt is om kinderen aan te moedigen en te verleiden. Het criterium 'niet van echt te onderscheiden' kan hierbij naar mijn mening slechts van aanvullende betekenis zijn.

7. Aldus gelezen levert het vonnis van de rechtbank een waardevolle bijdrage aan de uitleg van strafbare virtuele kinderporno en de afgrenzing van strafbaar en niet strafbaar gedrag. Over die grens acht ik de definitieve veroordeling van een Australisch onderdaan, in bezit van een tekenfilm met personages gelijkend op de

beroemde stripfiguren Bart, Lisa en Maggie Simpson, terwijl zij met elkaar seks hadden. Ik ken die film en zijn verdiensten niet, maar het lijkt mij geen bezwaar om die te beschouwen als een creatieve uiting en niet als strafbare kinderporno.

H.W.K. Kaspersen⁶

6. Rik Kaspersen is hoogleraar-directeur van het Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

17. Noot bij Rechtbank Zutphen 22 februari 2008**Naaktfoto's ex****LJN-nummer BC4944****Smaadschrift, verspreiding naaktfoto's via MSN**

Man heeft via internet (peer to peer programma Emule) en MSN-chat naaktfoto's van zijn ex-vriendin verspreid. Door deze wijze van verspreiding konden alle gebruikers van dit netwerk de afbeeldingen downloaden en inzien. Hiermee heeft hij de eer en goede naam van zijn vriendin ernstig aangetast. Bij de uitoefening van haar beroep en in haar woongenot heeft zij zodanig problemen ondervonden dat zij klanten verloor en is verhuisd. Veroordeling voor smaadschrift tot geldboete en schadevergoeding aan het slachtoffer.

1. Voormalige geliefden kunnen elkaars ergste vijanden worden, dat blijkt maar weer 's. Maar om compromitterende foto's van je ex, voorzien van commentaar, als wapenfeiten met je online vrienden te delen, dat gaat wel erg ver. Achteraf ook niet zo slim van het slachtoffer natuurlijk, want de actiefoto's zijn oorspronkelijk wel met haar toestemming gemaakt. Maar ze waren, zoals de rechter dat zo mooi uitdrukt, uitsluitend voor intiem gebruik bestemd; niet om mee te pochen naar je vrienden.
2. Het standaarverweer in dit soort zaken, dat ook door deze raadsman gevoerd wordt, is: het was niet mijn cliënt die achter de computer zat, hij heeft het niet gedaan – en bewijzen jullie nou maar wettig en overtuigend dat hij het wél gedaan heeft.
3. Tja, er bestaat niet zoiets als een risico-aansprakelijkheid of strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor wat er vanaf jouw IP-adres op internet uitgespookt wordt. En behalve als er een webcam aanstaat, of je iemand fysiek op heterdaad betrapt (of als gebruik gemaakt wordt van identificatiemiddelen), is bijna nooit waterdicht te bewijzen dat het echt de verdachte is geweest die de litigieuze handelingen heeft verricht. Dan zou je bijna nooit iemand voor dit soort delicten kunnen veroordelen. Rechters nemen, naar ik aanneem daarom, relatief gemakkelijk aan dat het toch echt wel de verdachte is geweest. Namelijk: zodra niet aannemelijk is dat het iemand anders dan de verdachte is geweest. En in casu is dat inderdaad, onder meer op grond van forensisch onderzoek van het NFI, niet aannemelijk.
4. Met betrekking tot verspreiding via MSN Messenger oordeelt de rechter dat vast staat dat verdachte dat heeft gedaan. Maar dat is nog beperkt tot één (of hooguit enkele) perso(n)en(en). Wat veel erger is, omdat het bereik potentieel veel groter is, is verspreiding via het peer-to-peer programma Emule. Want dan zijn de bestanden in theorie voor alle Emule-gebruikers (zo'n) toegankelijk. Die verspreiding geschiedt door het plaatsen van de bestanden in bepaalde gedeelde mappen, die dan voor alle Emulegebruikers toegankelijk en te doorzoeken zijn.

Het is uit het vonnis niet helemaal duidelijk of de verdachte zelf of zijn MSN-vriend achter die Emule-verspreiding zit. De rechter overweegt namelijk dat “met het uit handen geven van afbeelden van [slachtoffer] aan een derde via MSN Messenger (...) er een aanmerkelijke kans gecreëerd [is] op verdere verspreiding via internet, in het bijzonder via een P2P netwerk”. Ik vind dat op zichzelf niet zo voor de hand liggen: als ik met iemand chat en ik stuur hem een foto, ga ik er niet vanuit dat mijn gesprekspartner die foto zonder mijn medeweten of toestemming via een P2P netwerk verspreidt. Beetje afhankelijk van wie je vrienden zijn mis-schien. Feit is wel dat de bestanden verspreid zijn: zowel het slachtoffer zelf als de politie zijn ze tegengekomen.

5. De officier had betoogd dat er bij dit soort bestanden sprake is van een extra verantwoordelijkheid. Dat lijkt mij juist. In het analoge tijdperk zou je, lijkt mij, bij beëindiging van de relatie, negatieven en eventuele afdrukken teruggeven aan de persoon in kwestie of ze in haar bijzijn in duizend stukjes knippen. In het digitale tijdperk is dat: definitief verwijderen (Ctrl-delete, dus ook uit de prullebak) – en dan maar hopen dat ‘ie niet nog ergens een kopietje heeft. Als afgebeelde persoon zou ik daar ook zeker op toezien. Of dat lukt is natuurlijk afhankelijk van de manier waarop je uit elkaar gaat.

6. Maar het allerslimst is het natuurlijk om dit soort foto’s überhaupt niet te (laten) maken. Dat hoeft niet eens te gebeuren in de intimiteit van een real life relatie. Foto’s en filmpjes kunnen ook al gemaakt worden door degene met wie je aan het chatten bent, als je de webcam aan hebt staan. Dus, druk ik mijn studenten op ‘t hart elke keer als de gelegenheid zich voordoet, hou alsjeblieft je kleren aan; er zijn in de rechtspraak genoeg voorbeelden van chantage met dit soort beelden.¹ Ook op internetsites gericht op jongeren wordt hier wel op gewezen.² De reacties op fok.nl vond ik tekenend voor de mentaliteit op internet: aan de ene kant algehele afkeuring van hetgeen de verdachte had gedaan, aan de andere kant wilde iedereen de foto’s graag zien.³

Tina van der Linden⁴

1. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 5 oktober 2007, LJN BB4879; Rechtbank Arnhem 27 juni 2008, LJN BD5618; Rechtbank Haarlem 24 juli 2008, LJN BD8449.
2. Op www.internetsoa.nl wordt dit benoemd als de via internet seksueel overdraagbare aandoening Hebdertieten: <http://www.internetsoa.nl/page.php?menu=2&page=6>. Terecht wordt ervoor gewaarschuwd dat als een filmpje of een foto eenmaal op internet staat, er weinig tot niets is wat je kunt doen om het er weer af te krijgen.
3. Post van de paginabeheerder 23-2-2008 op <http://frontpage.fok.nl/nieuws/88136/1/100#4502114>.
4. Tina van der Linden is docent IT en Recht aan de Universiteit Utrecht.

18. Noot bij Voorzieningenrechter Haarlem 14 mei 2008
A-Group
LJN-nummer BD1446

**Onrechtmatige uitlating, provideraansprakelijkheid,
 6:196c lid 4 BW**

Onrechtmatige publicatie jegens Belastingdienst op een website. De vrijheid van meningsuiting is een zodanig groot goed dat van de overheid een aanzienlijk incasseringsvermogen mag worden verwacht waar het gaat om publiekelijk gedane kritische uitlatingen. Onder omstandigheden kan echter een grens worden gepasseerd die maakt dat bepaalde uitlatingen als onrechtmatig moeten worden beoordeeld. In het onderhavige geval moet het belang dat Staat der Nederlanden erbij heeft dat de Belastingdienst en mr. [...] niet worden blootgesteld aan ernstige verdachtmakingen op de website van A-Group worden afgewogen tegen het belang dat de vennoten van A-Group erbij hebben zich in vrijheid te kunnen uiten. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de uitlatingen van A-Group als onrechtmatig moeten worden beoordeeld voor zover zij de strekking hebben de Belastingdienst of mr. [...] te betichten van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie, nu de uitlatingen daarvoor geen feitelijke onderbouwing hebben gegeven.

M.b.t aansprakelijkheid van hosting-ISP IS InterNed Services: De voorzieningenrechter overweegt dat in het onderhavige geval niet kan worden gezegd dat aan de juistheid van de inhoud van de in 2.7 bedoelde brief van de Staatssecretaris van Financiën in redelijkheid niet getwijfeld kon worden. Het betreft immers slechts een reactie van een derde op uitlatingen die zijn geplaatst op een website waarvan IS InterNed Services de hosting verzorgt. IS InterNed Services wist niet, en kon ook niet weten, waarop de uitlatingen waren gebaseerd, zodat zij zich geen oordeel omtrent de juistheid of rechtmatigheid ervan kon vormen. Het feit dat het de Staat der Nederlanden was die deze uitlatingen in voormelde brief als onrechtmatig kenschetste, maakt niet dat IS InterNed Services wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de uitlatingen een onrechtmatig karakter hadden. IS InterNed Services heeft dan ook niet onrechtmatig gehandeld door na ontvangst van de brief van de Staatssecretaris van Financiën niet onmiddellijk de toegang tot de website van A-Group onmogelijk te maken.

1. De belastingdienst was certainly not amused toen ze kennis nam van de “very important information” op de website van VOF Cisto Group uit Rotterdam,¹ (hierna: Cisto) gehost door internetprovider IS Interned Services BV uit Purmerend (hierna: IS). Op zijn website beticht Cisto de belastingdienst en dhr. T.

1. www.cistointernational.com,

van Mierlo, een ambtenaar van die dienst, in niet mis te verstane bewoordingen: DUTCH RACIST TAX OFFICER IMPOSES VERY HIGH AND UNREALISTIC TAX ON OUR COMPANY.

2. De belastingdienst vorderde in kort geding dat de in haar ogen beledigende passages van de website zouden worden verwijderd; meer specifiek de passages waarin die dienst en Van Mierlo werden beticht van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie. Daarnaast vorderde de belastingdienst Cisto te verbieden om aan de media, volksvertegenwoordigers of anderen die aantijgingen openbaar te maken. De belastingdienst zette dus vrij fors in om Cisto te proberen de mond te snoeren.

Ten aanzien van de Cisto

3. Wat het verbod betreft om de media en volksvertegenwoordigers te benaderen kon de voorzieningenrechter kort zijn. Die vordering stond te zeer op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting om voor toewijzing in aanmerking te komen. Bovendien, zo overweegt de rechter in r.o. 4.4., gaat het in een parlementaire democratie als de Nederlandse niet aan te verbieden dat volksvertegenwoordigers worden benaderd.

4. Van de uitlatingen van Cisto over racisme, corruptie etc. bij de belastingdienst kon de rechter niet meteen stellen dat die de vrijheid van meningsuiting overschreden. Immers, een dergelijke betichting hoeft op zichzelf niet onrechtmatig te zijn. Misschien was het wel zo dat de betrokken dienst en ambtenaar racistische motieven hadden die hun handelswijze dicteerden. De rechter overweegt terecht dat de vrijheid van meningsuiting een groot goed is. Maar voegt daar overbodig aan toe dat van de overheid een aanzienlijk incasservermogen mag worden verwacht, waar het gaat om publiekelijk gedane kritische uitlatingen. Dat hoge-bomen-vangen-veel-wind-criterium past mijns inziens in het leerstuk van de persoonlijke levenssfeer en de vraag in hoeverre beroemde/beruchte Nederlanders de aandacht van de media hebben te dulden.² Dat criterium speelt een rol bij de weging tussen vrijheid van meningsuiting en het grondrecht op bescherming van eer en goede naam. Pas wanneer zowel het recht op vrijheid van meningsuiting als het recht op bescherming van eer en goede naam rechtmatig zijn, dient gewogen te worden welke van deze beide rechten zwaarder weegt.³

2. Zie Rechtbank Amsterdam 2 april 2008, Mediaforum 2008-9 Bos c.s. en Audax c.s., zie ook rechtbank Amsterdam 2 februari 2005 Staat/Kijkshop 2 februari 2005, LJN AS4748, zie ook mijn artikel Ben Gevallen, gepubliceerd op www.vaneeckhoutteadvocaten.nl

3. HR 18 januari 2008 LJN BB3210: "Zoals de Hoge Raad in rov. 5.11 van het Paroolarrest heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door art. 7 Grw. en 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Ditzelfde geldt voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten. Dit brengt mee dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing (aldus dat eerst aan de hand van de omstandigheden wordt bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in art. 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging), maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid."

5. In casu dient de focus te liggen op de vraag of de betichting van racisme, corruptie etc. een onrechtmatige daad oplevert. Slechts als er een ontoereikende rechtvaardiging voor die betichting bestaat c.q. geen of onvoldoende feitelijke onderbouwing wordt gegeven, maakt dat voorshands aannemelijk dat het om een onrechtmatige daad gaat. Daarbij kan het niet zo zijn dat de onrechtmatigheid van de daad pas later intreedt als het gaat om een hoge boom, bijvoorbeeld een publiek persoon of overheidsinstantie.

6. Cisto is niet verschenen in het kort geding en heeft dus geen feitelijke onderbouwing gegeven. Cisto werd daarom conform de eis veroordeeld. De rechter had het dus makkelijk, maar wat als Cisto met een onderbouwing van zijn uitlatingen was komen opdraven?⁴ Is er wel een onderbouwing, dan zal de rechter moeten beoordelen of de uitlatingen in voldoende mate zijn onderbouwd om hun onrechtmatige karakter weg te nemen. In die weging zit wat rek. Ik meen dat enerzijds hoe forser de gebruikte predicaten zijn, hoe meer diegene die predicaten wil uiten beslagen ten ijs dient te komen. Anderzijds, hoe hoger de boom des te forser predicaten het zich dient te laten weggeven. Met deze subjectieve criteria kan een rechter in principe uit de voeten.⁵ Slechts als er een onderbouwing is, speelt hoge-bomen-vangen-veel-wind-criterium een rol. Is er geen onderbouwing, dan spelen de hoge bomen geen rol, maar is er voorshands sprake van een onrechtmatige daad.

7. Pas als de rechter had geoordeeld dat Cisto met goed fatsoen zijn uitlatingen had kunnen doen zoals hij heeft gedaan, met andere woorden deze voldoende feitelijk waren onderbouwd, dan zou de rechter zijn toegekomen aan de weging tussen vrijheid van meningsuiting en het daarmee botsende het grondrecht van de staat en Van Mierlo op bescherming van eer en goede naam, zoals voormeld.

Ten aanzien van de internetprovider

8. De staat bepleitte dat een internetprovider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens homepage onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, zelf onrechtmatig handelt indien hij alsdan niet ingrijpt.

9. De Staat vond dat IS aan de juistheid van zijn kennisgeving in redelijkheid niet had mogen twijfelen, nu “de belastingdienst en Van Mierlo ten onrechte [werden] beschuldigd van racistisch optreden, corruptie en machtsmisbruik”⁶. Juist omdat

4. Zie bijv. Rb Amsterdam 11 september 2008, LJN BF 0498 waarin de rechter min of meer gefundeerde negatieve uitlatingen tolereerde.

5. Dat proces van communicerende vaten volgt het Hof Amsterdam, 2 september 2008, LJN BE9562 maar half: “Nu de zware kwalificaties die in het artikel worden gebruikt om de mening van [Q.X en R.X] en hun advocaten weer te geven, onvoldoende worden gesteund door genoegzame feiten, komt het hof tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van [Q.X en R.X] in dit geval niet opweegt tegen het recht op eer en goede naam van het Stadsdeel c.s. en bescherming van het privéleven van de Ambtenaren. Het artikel is daarom onrechtmatig jegens het Stadsdeel, ook al heeft dat een openbare functie, maar meer nog jegens de Ambtenaren van wie niet mag worden verlangd dat zij “een dikkere huid” hebben dan andere burgers en zich dus ook niet meer dan dezen behoeven te laten welgevalen.”

6. Citaat uit dagvaarding van de Staat.

het niet was uitgesloten dat Van Mierlo en zijn dienst in de fout waren gegaan en dus de kans bestond dat Cisto's uitlatingen niet onrechtmatig waren, sanctioneert de rechtbank de stelling van IS dat zij niet zondermeer kon afgaan op de loutere brief van de Staat waarin hij schreef dat hij die betichtingen onrechtmatig achtte. 10. Kortom, de Staat staat in het civiele recht niet boven zijn burgers, maar er gewoon naast. De Staat mag dan door de burger met argusogen worden bekeken; een kennisgeving van een staatssecretaris of een minister hoeft niet per definitie waar te zijn. In zijn "civiele" oordeel heeft de staat het niet per definitie bij het rechte eind. Dat blijft opmerkelijk, omdat in het bestuursrecht oordelen van de staat doorgaans wel als waarheid moeten worden geslikt en daarom marginaal door de rechtbank worden getoetst.⁷ Ook de inhoud van ambtsedige processen-verbaal van opsporingsambtenaren worden in principe als waarheid aangenomen.⁸ Maar zoniet in het burgerlijk recht.

11. IS hoste www.cistointernational.com en kon zich ex. Art 6:196c lid 4 BW exoneren indien zij niet wist van de onrechtmatige informatie of – zodra zij daar wel van afwist – de informatie prompt verwijderde of de toegang daartoe blokkeerde. Een loutere kennisgeving van een belanghebbende is onvoldoende, tenzij de internetprovider aan de juistheid van die kennisgeving redelijkerwijs niet kon en mocht twijfelen. In de praktijk gaat dat slechts op voor *onmiskenaar* onrechtmatige informatie. Informatie waar ieder redelijk denkend mens niet aan kan twijfelen.

12. Natuurlijk is het dan van belang dat de kennisgeving aan de provider niets aan stelligheid, duidelijkheid en concretisering te wensen overlaat. Klaarblijkelijk deed de Staat het in zijn kennisgeving aan IS wat klungelig. In de kennisgeving aan IS *achtte* zij het handelen van Cisto onrechtmatig: "*Een en ander is in strijd met artikel 8 van het EVRM en derhalve onrechtmatig te achten*".⁹ In r.o. 4.8 stipt de voorzieningenrechter aan dat de Staat de uitlatingen van Cisto als onrechtmatig *kenschetste*. In dat laatste woord resoneert de zwakke woordkeus van de staat. Het lijkt er dus op dat het gebrek aan stelligheid van de kennisgeving de rechter niet is ontgaan. Maar ik betwijfel of de voorzieningenrechter had geoordeeld dat IS wel wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de uitlatingen van Cisto een onrechtmatig karakter hadden indien de staat niet had geacht, maar met nadruk had gesteld.

13. Wat belangrijker is, is dat de kennisgeving niet of te weinig duidelijk en concreet was, waardoor IS zich geen oordeel kon vormen omtrent de juistheid of rechtmatigheid van Cisto's uitlatingen. De oplossing om dan in het vervolg dan maar de kennisgeving duidelijker en concreter te maken, c.q. meer informatie over het litigieuze geval aan de internetprovider mee te sturen, ligt niet voor de

7. De eerbiediging van de Trias Politica dwingt tot rechterlijke terughoudendheid in bestuurszaken. Zie HR 4 januari 1963 (Landsmeer), NJ 1964, 204, HR 15 mei 1986 (Landbouwwliemers), NJ 1987, 251.

8. Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 oktober 2004: de rechtbank overwoog onder meer dat voor een goede rechtspleging men erop moet kunnen vertrouwen dat de inhoud van een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal de waarheid bevat.

9. Citaat uit de pleitnota van IS.

hand. Want hoe je het ook wendt of keert, het blijft een eenzijdig verhaal van een beledigde of beschadigde derde, waardoor de onmiskenbaarheid van de onrechtmatigheid op afstand blijft staan. Daarbij komt dat je internetproviders niet met hele epistels kunt opzadelen. Daar hebben ze de tijd niet voor¹⁰ en ook niet de kennis. Indien de internetprovider redelijkerwijs niet aan de juistheid van een kennisgeving kan en mag twijfelen, dient de beledigde of beschadigde derde de provider een behapbare kennisgeving te sturen – uiteraard liefst met een concrete oproep – waarin de *feiten* niet voor twijfel vatbaar zijn én uit welke feiten de internetprovider dwingend behoort te concluderen dat de gewraakte informatie onmiskenbaar onrechtmatig is.

14. Voldoet een kennisgeving daar niet aan, dan ontsnapt de internetprovider eenvoudig door eerst te wachten op de ontvangst van een rechterlijk vonnis waarin de informatie als onrechtmatig wordt beoordeeld en daarna pas gevolg te geven aan de oproep van de beledigde derde. Zeker als de ISP tot zijn beleid heeft gemaakt en ook aan de beledigde partij, i.c. de staat, mededeelt pas aan de oproep te willen voldoen, nadat een rechter de gewraakte handelingen als onrechtmatig heeft beoordeeld, lijkt het erop dat de ISP zichzelf een veilig onderkomen biedt.¹¹ Hoe minder onmiskenbaar onrechtmatig is gehandeld c.q. hoe vager en subjectiever het feitenrelaas en de overtreden norm, hoe eerder de getroffen derde een gerechtelijke procedure tegen de inbreukmaker zal moeten starten. Als het zover komt dat de ISP de feiten aan de norm moeten toetsen en dus in feite rechterswerk moet plegen, dan is m.i. de onrechtmatige daad per definitie niét onmiskenbaar onrechtmatig. Het is dan ook te bepleiten dat om zich te kunnen exoneren op grond van 6:196c BW de internetprovider niet hoeft te wegen en te wikken over de kennisgeving, geen (juridische) verantwoordelijkheid hoeft te nemen. De onrechtmatige daadkwestie waarvan kennis wordt gegeven en genomen, moet meteen bij lezing en verifiëring van de gewaakte website zo klaar als een klontje zijn.

15. Dat is het belang van deze uitspraak; een opsteker van internetproviders die niet meer klem hoeven te zitten tussen hun klanten en derden enerzijds, maar voer voor nieuwe rechtspraak anderzijds. Want, wat bedoelt de voorzieningenrechter precies met een rechterlijk vonnis waarin de gewraakte informatie als onrechtmatig wordt beoordeeld?

16. Aan dat vonnis kunnen twee problemen kleven. A) een beledigde derde zal tegen de inbreukmaker veelal een spoedeisend belang hebben en dus een kort geding starten. Nu de voorzieningenrechter geen declaratoir vonnis mag afgeven, moet de getroffen derde maar hopen dat de voorzieningenrechter in zijn rechtsoverwegingen voldoende duidelijk oordeelt dat welbepaalde feiten onrechtmatig

10. Zie Rechtbank 's-Gravenhage, 5 januari 2007, LJN AZ5678: de voorzieningenrechter heeft oog voor de positie van KPN die zich niet voortdurend wil hoeven te verdiepen in al dan niet terechte beweringen over onrechtmatig gedrag van haar abonnees.

11. R.o 4.8: “Uit de tussen partijen gevoerde correspondentie en de daarop ter zitting gegeven toelichting blijkt dat IS InterNed Services wachtte op de ontvangst van een rechterlijk vonnis waarin de uitlatingen op de website van A-Group als onrechtmatig zouden worden beoordeeld. Hierna zou zij overeenkomstig haar beleid de toegang tot de website terstond hebben geblokkeerd. De Staat der Nederlanden had derhalve kunnen volstaan met het instellen van een vordering jegens A-Group.”

zijn.¹² Dit is een *one shot only*, want mist de voorzieningenrechter om wat voor reden dan ook een dergelijke passage, dan verhindert het (misbruik van) procesrecht¹³ de zaak wederom in kort geding voor te leggen in de hoop op betere rechtsoverwegingen, maar zal de getroffen derde overgeleverd zijn aan een veel langduriger bodemprocedure om een verklaring voor recht te krijgen. Maar de lange procesduur verstaat zich niet met spoedeisend belang en veelal zal na (goede) uitkomst van de bodemprocedure voor de getroffen derde het kalf al verdronken zijn. 17. B) Bovendien is goed verdedigbaar dat de ISP geen genoegen neemt met zomaar een rechterlijk vonnis, maar slechts met een in kracht van gewijsde gegaan vonnis. Tegen een dergelijk vonnis staan geen gewone rechtsmiddelen meer open en kan derhalve niet meer worden aangetast door een van deze rechtsmiddelen (verzet, hoger beroep of cassatie).¹⁴ Juridisch staat dan pas het oordeel van de onrechtmatigheid vast. Een internetprovider loopt aansprakelijkheidsrisico's als hij een oproep uitvoert op grond van een vonnis, dat later in hoger beroep of cassatie wordt teruggedraaid. Een vrijwaringsverklaring van de getroffen derde aan de internetprovider kan een oplossing zijn, maar de vraag is of deze laatste met een dergelijke belofte voldoende beschermd is tegen aansprakelijkstelling van zijn klant. Het redelijke vereiste dat het vonnis kracht van gewijsde moet hebben, is meteen ook de achilleshiel van het vereiste vonnis. Een beetje kwaai inbreukmaker kan tijdrekken door alle rechtsmiddelen in te stellen die hem of haar ten dienste staan. Net als onder A) riskeert de getroffen derde tamelijk lang bezig te zijn om een in kracht van gewijsde vonnis te verkrijgen en dus zijn doel voorbij te schieten.

18. Tot slot, een andere manier waarop de beledigde derde zijn doel voorbijschiet, is wanneer de inbreukmaker vanuit een ander land de inbreuk voortzet. In deze zaak heeft de Staat de drijvende kracht achter Cisto, een Afrikaanse uitgeprocedeerde asielzoeker die illegaal in Nederland verbleef, met pek en veren uitgezet. De man heeft zich inmiddels in het Verenigd Koninkrijk gevestigd, is kennelijk nog steeds kwaad en zet bij een Engelse internetprovider zijn campagne tegen de Nederlandse belastingdienst en dhr. Van Mierlo voort. De internetsite van Cisto www.cistointernational.com is tot op de dag van de redactie dezer nog steeds online, de mond van Cisto is geenszins gesnoerd en dus is het effect van de Nederlandse belastingcenten nihil geweest, behalve een toevoeging aan verfrissende rechtspraak.

Mr. F.J. Van Eeckhoutte¹⁵

12. R.o 4.3 biedt een geijkte overweging: "De voorzieningenrechter is van oordeel dat de uitlatingen van A-Group als onrechtmatig moeten worden beoordeeld voor zover zij de strekking hebben de Belastingdienst of mr. [...] te betichten van racisme, corruptie, machtsmisbruik en discriminatie, nu de uitlatingen daarvoor geen feitelijke onderbouwing hebben gegeven."

13. Rechtbank Zwolle 12 september 2006, LJN AZ6518: 4.5. Het beginsel van ne bis in idem houdt een verbod in om – anders dan via het instellen van een rechtsmiddel – jegens dezelfde wederpartij een herhaalde vordering van gelijke inhoud en strekking in te stellen. Uit rechtspraak van de Hoge Raad (HR 16 december 1994, NJ 1995, 213) kan worden afgeleid dat schending van dit beginsel in een burgerlijk geschil, op zichzelf geen grond is die kan leiden tot niet-ontvankelijkheid. Wel kan het beginsel een rol spelen bij de vraag of sprake is van misbruik van procesrecht door op dezelfde gronden een identieke vordering jegens dezelfde wederpartij in te stellen."

14. Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Hugenholtz/Heemskerk, nr 121.

15. Mr. F.J. Van Eeckhoutte is ICT/IE en Corporate Advocaat te Amersfoort.

19. Noot bij Rechtbank Amsterdam 2 juni 2008**Semi-openbaar karakter****LJN-nummer BD2977****en Hof Amsterdam 20 juni 2008****Discriminatie op weblog****LJN-nummer BD7024¹****Strafrecht, discriminatie, vrijheid van meningsuiting, artt. 137c/137d Sr, art. 10 EVRM, semi-openbaar karakter internetforum, bronvermelding/doorhaling niet opgevat als afstand doen van inhoud tekst geplaatst op weblog**

Rechtbank Amsterdam 2 juni 2008 (semi-openbaar karakter) LJN-nummer BD2977: *Onmiskenbaar beledigende en onnodig grievende uitlatingen op internetforum. De woorden waarmee aan de verschillende raciale, religieuze of anderszins te categoriseren groepen wordt gerefereerd, tasten de waardigheid en menselijkheid van deze groepen op wie ze betrekking hebben op onaanvaardbare wijze aan. Dit betekent echter nog niet zonder meer dat een strafrechtelijke veroordeling de juiste manier is op dergelijke uitlatingen te reageren. Het opzet in art. 137c Sr. dient echter op alle bestanddelen van de delictsomschrijving te zijn gericht, dus ook op het in het openbaar doen van de uitlatingen. Naar het oordeel van de rechtbank dient onderscheid te worden gemaakt tussen informatie die ongevraagd op je wordt afgestuurd en informatie waarnaar je actief op zoek gaat en moet gaan. Als verdachte de uitlatingen in zodanige openbaarheid had gedaan dat mensen er onverhoeds tegenaan zouden lopen, zou het opzet op de openbaarheid zonder meer zijn komen vast te staan. Aannemelijk is echter dat verdachte juist door de keuze voor het forum [naam forum] in de veronderstelling verkeerde – en ook de bedoeling had – dat zijn uitlatingen slechts door een klein groepje gelijkgestemden zouden worden gelezen. Zijn opzet was derhalve gericht op een beperkte mate van openbaarheid. De rechtbank concludeert dat het als beledigend kwalificeren van de in de telastelegging opgenomen teksten in de zin van artikel 137c Sr niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het doel van de bescherming van de goede naam of rechten van anderen, als omschreven in het tweede lid van artikel 10 EVRM, wordt in voldoende mate gediend door het semi-openbare karakter van het webforum. Hoewel de uitlatingen van verdachte niet van enig gevoel voor medemenselijkheid of respect getuigen, dient het recht van verdachte deze gedachten te uiten te worden gewaarborgd. Een inbreuk op het recht van verdachte in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling is in het licht van de zaak als geheel gezien niet proportioneel ten opzichte van het doel dat daarmee wordt gediend. Volgt vrij-spraak.*

Hof Amsterdam 20 juni 2008 (discriminatie op weblog), LJN BD7024: *Verdachte heeft op zijn internetpagina verschillende teksten geplaatst waarin hij zich op beledigende wijze uitlaat over de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken, Verdonk. Daarnaast heeft verdachte teksten op het internet geplaatst die aanzetten tot haat en discriminatie jegens homoseksuelen, en het gebruik van geweld tegen hen. Dit is niet alleen kwetsend voor de betreffende personen, maar wekt ook beroering in de samenleving en druist in tegen de in die samenleving gerespecteerde normen en waarden, zoals die in de betreffende strafwetgeving vorm hebben gekregen. De vraag is of de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting in de vorm van een strafrechtelijke veroordeling noodzakelijk is (i.d.z.v. art. 10, tweede lid, EVRM) in een democratische samenleving. Hof beantwoordt deze vraag bevestigend omdat vervolging terecht en noodzakelijk is ter bescherming van gerechtvaardigde (grond)rechten van anderen. Niet aannemelijk is dat dit voldoende op andere wijze dan door middel van strafrechtelijk ingrijpen kan worden gerealiseerd.*

Inleiding

1. Vrijheid van meningsuiting is een essentiële voorwaarde voor het voeren van een publiek debat over kwesties van algemeen belang. Gezien deze essentiële rol die de vrijheid van meningsuiting vervult in een democratische en open samenleving biedt dit recht volgens de rechtspraak van het EHRM niet alleen bescherming wanneer denkbeelden instemmend worden ontvangen, maar ook wanneer deze “*shock, offend or disturb*”.² Het verbod van discriminatie en de eerbiediging van het privé-leven en de menselijke waardigheid vormen echter evenzeer hoekstenen van onze samenleving. Artikelen 137c e.v., waarin belediging van een groep mensen en het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld strafbaar zijn gesteld, zijn in het Wetboek van Strafrecht opgenomen ter uitvoering van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie.³

2. Beide hier besproken uitspraken gaan over de botsing van deze grondrechten. Internet staat daarbij centraal.

Feiten

3. De rechtbankzaak betreft het plaatsen op een internetforum van teksten met een onmiskenbaar homofoob, racistisch, islamofob en antisemitisch karakter. Dit internetforum werd niet via de mail, gemaskerde links of pop-ups aan inter-

1. Deze noot verscheen eerder in het Tijdschrift voor Internetrecht 2008, nr. 4.

2. EHRM 7 december 1976, Handyside – VK, § 49.

3. Internationaal Verdrag van New York van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie, Tractatenblad 1966, 237.

netgebruikers opgedrongen. Men kwam verder niet zomaar op het forum terecht en moest zich registreren om teksten op het forum te kunnen plaatsen.

4. De gerechtshofzaak betreft het plaatsen op een weblog van teksten die beledigend zijn jegens toenmalig Minister Verdonk en teksten die aanzetten tot haat en discriminatie jegens homoseksuelen. Eén van de teksten was gekopieerd van een andere website. De laatste zin van die tekst was door de weblogger doorgestreept en ook de bron van de tekst was vermeld. De website was niet beschermd via een wachtwoord. De mogelijkheid om – voor derden zichtbaar – via de website op zijn weblog te reageren was afgeschermd.

Door de rechter gehanteerde toetsingskader

5. In beide zaken geeft de rechter aan dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van strafbare belediging en/of aanzetten tot discriminatie en haat, niet alleen de tekst van de strafrechtelijke bepaling op zichzelf beschouwd beoordeeld moet worden, maar dat daarbij ook de rechtspraak van het EHRM inzake de vrijheid van meningsuiting, als beschermd door artikel 10 EVRM, moet worden betrokken. De rechter zet vervolgens het toetsingskader van artikel 10 EVRM uiteen wijst erop dat in zaken zoals hier aan de orde het aankomt op beantwoording van de vraag of strafrechtelijke vervolging/veroordeling proportioneel is ten opzichte van het daarmee beoogde doel (bestrijding van discriminatie).

6. Dat de strafrechter bij beoordeling van de strafbaarheid van discriminerende uitlatingen (op internet) het recht op vrijheid van meningsuiting betreft is niet nieuw⁴, maar dat het toetsingskader zo expliciet wordt uitgebreid met dat van artikel 10 EVRM is wel van recente datum.⁵ De rechtbank en het gerechtshof wijzen er beiden op dat uit rechtspraak van het EHRM volgt dat de autoriteiten zich terughoudend dienen op te stellen bij het hanteren van het strafrechtelijke instrumentarium – een veroordeling is immers de zwaarste inbreuk op de vrijheid van meningsuiting – in gevallen waarin andere mogelijkheden beschikbaar zijn als antwoord op onterechte kritiek of aanvallen. Ik merk op dat deze overweging door het EHRM gebezigd wordt in zaken waarin, in het kader van het politieke- of maatschappelijke debat, misstanden of onderwerpen van publiek belang aan de orde worden gesteld. In zaken waarin uitlatingen – zonder bijdrage te leveren aan dat debat – onnodig grievend zijn of oproepen tot haat en geweld, komt deze overweging niet voor. Zelfs journalisten, die vanwege hun functie als “*public watchdog*” een grote uitingsvrijheid wordt toegekend, kunnen zich volgens de rechtspraak van het EHRM niet onttrekken aan bij wet strafbaar gestelde discriminatie.⁶ Het gerechtshof onderkent dit onderscheid; de rechtbank – ten onrechte – niet. Ik wijs er in dit verband nog op dat het EHRM heeft bepaald dat discriminerende uitlatingen in sommige gevallen zelfs in het geheel geen bescherming

4. Zie bijv. HR, 14 maart 1989, NJ 1990/29, HR 15 april 2003, NJ 2003/334.

5. Geen expliciete verwijzing naar artikel 10 EVRM: Gerechtshof Leeuwarden 18 oktober 2001 (LJN: AD4686); Gerechtshof Amsterdam 11 september 2003 (LJN: AK8302); Gerechtshof Amsterdam 17 november 2006 (LJN: AZ3011).

6. EHRM, 10 december 2007, *Stoll v. Zwitserland*, § 102.

genieten onder artikel 10 EVRM. In die gevallen merkt het EHRM dergelijke uitlatingen aan als ‘misbruik van recht’ in de zin van artikel 17 EVRM.⁷

Afweging van de belangen in concreto; internet als medium

7. Naar het oordeel van de rechtbank is het internet een medium dat geen uithoeken kent. Wel moet volgens de rechtbank onderscheid worden gemaakt tussen informatie die ongevraagd op je wordt afgestuurd en informatie waarnaar je actief op zoek gaat en moet gaan. Dat door Meldpunt Discriminatie op Internet aangifte is gedaan en niet door individuen, betreft de rechtbank in zijn afweging. De rechtbank constateert een duidelijk verschil tussen media als televisie of radio, waarbij de kijker/luisteraar in mindere mate in de hand heeft welke informatie op hem wordt afgestuurd en internet. Gelet op de keuze van een semi-openbare internetsite als forum, is de rechtbank er niet van overtuigd dat verdachte het opzet had de uitlatingen in volledige openbaarheid te doen en concludeert de rechtbank dat, hoewel de uitlatingen niet van enig gevoel van medemenselijkheid of respect getuigen, het recht deze te uiten moet worden gewaarborgd en een strafrechtelijke inbreuk niet proportioneel is. Vrijspraak volgt.

8. Afgezien van mijn kritiek op de interpretatie door de rechtbank van het toetsingskader van artikel 10 EVRM, vind ik het kwalificeren van uitlatingen als ‘een beetje openbaar’ twijfelachtig. Ofwel ze zijn niet openbaar; in dat geval is aan de delictomschrijving van artikel 137c Sr niet voldaan en blijft artikel 10 EVRM buiten beeld. Ofwel ze zijn openbaar en, indien is vastgesteld dat ze onnodig grievend, beledigend of discriminerend zijn jegens een groep van personen terwijl het publieke debat met deze uitlatingen niet wordt gediend, in beginsel strafbaar. Om in de belangenafweging gewicht toe te kennen aan het feit dat de aangifte is gedaan door Meldpunt Discriminatie Internet lijkt me ook niet juist; het kan immers zo zijn dat deze uitlatingen door individuen zijn opgemerkt en gemeld aan het Meldpunt.

9. Het gerechtshof komt tot een andere belangenafweging. Allereerst merkt het gerechtshof op dat door gebruik te maken van het internet de verdachte welbewust heeft gekozen voor een medium met een groot potentieel publieksbereik en kon via zijn website ook daadwerkelijk een groot publiek worden bereikt. Daaraan doet volgens het gerechtshof niet af dat internetgebruikers de website van verdachte moesten aanklikken en aldus “niet ongevraagd” zoals bij het medium radio of televisie, met verdachte’s opinies in aanraking kwamen. Het is een feit van algemene bekendheid dat het internet een enorme vlucht heeft genomen en het gerechtshof ziet geen reden voor wat het publieksbereik betreft onderscheid te maken tussen radio en televisie enerzijds en internet anderzijds. Verder betreft het gerechtshof in zijn belangenafweging dat verdachte de mogelijkheid om op zijn weblog te reageren heeft afgeschermd waardoor het voor anderen is uitgesloten om zichtbaar op de website een reactie of tegengeluid te laten horen,

7. EHRM (dec), 15 november 2004, *Norwood v. VK*; EHRM (dec), 13 december 2005, *Witzsch v. Duitsland*.

waarmee de ruimte voor een publiek debat is uitgesloten. Het gerechtshof constateert dat de uitlatingen van verdachte elke aanvaardbare grens overschrijden, waarvoor het recht op vrijheid van meningsuiting geen vrijbrief biedt, en acht het telastgelegde bewezen en strafbaar.

Conclusie

10. Niet alleen de uitlatingen zelf, maar ook de context waarin deze plaatsvinden is relevant bij de beoordeling naar de toelaatbaarheid daarvan. De rechtspraak van het EHRM laat zien dat ook de bedoeling en de uitwerking van de uitlating, de status van degene die de uitlating doet alsook de status van degene die door die uitlating wordt getroffen, aspecten zijn die bij de afweging van belangen in het kader van artikel 10 EVRM worden betrokken.⁸ Over de betekenis van het internet als medium in deze belangenafweging lopen de rechterlijke opvattingen, zo blijkt uit de hier besproken uitspraken, uiteen. Het EHRM merkt over internet als medium voor de pers op: *“In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance”*.⁹ Het EHRM verwijst hier naar de plichten en verantwoordelijkheden die blijkens het tweede lid van artikel 10 EVRM aan het recht op vrijheid van meningsuiting verbonden zijn.

11. Het zou de nationale rechtspraak ten goede komen als de Nederlandse rechter bij verwijzing naar rechtspraak van het EHRM concrete uitspraken noemt. Dat zou meer houvast bieden, ook aan de weblogger, bij het bepalen waar de grens van het toelaatbare ligt. Dat er een rol blijft weggelegd voor het strafrecht bij de bestrijding van discriminatie op internet is helaas een realiteit.¹⁰

12. De vrijspraak door de rechtbank is, zoals hiervoor aangegeven – in het licht de rechtspraak van het EHRM – vatbaar voor kritiek. Inmiddels is hoger beroep ingesteld. Afgewacht moet worden of hoe het gerechtshof deze zaak zal beoordelen. Vooralsnog lijkt het plaatsen van onmiskenbaar discriminerende uitlatingen op een *semi-openbare* internetsite een escape te bieden voor het kwalificeren daarvan als strafbaar in de zin van artikel 137c e.v. WvSr. Het op een *openbare* website plaatsen van discriminerende teksten van derden betekent daarentegen niet dat deze de weblogger niet strafrechtelijk zijn toe te rekenen, zo blijkt uit het arrest van het gerechtshof. Enkele bronvermelding en doorhaling van één zin zijn niet voldoende om aannemelijk te maken dat de weblogger afstand neemt van de inhoud van deze tekst.

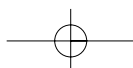
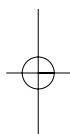
Jolien Schukking¹¹

8. Overzicht van rechtspraak EHRM: Committee of Experts for the Development of Human Rights (DH-DEV) of the Council of Europe, Report on Hate Speech, GT-DH-DEV A(2008)008.

9. EHRM, 10 december 2007, *Stoll v. Zwitserland*, § 104.

10. Zie TK, 2000-2001, 27 792, nr. 3, p. 1-2.; Aanwijzing discriminatie OM, Stcrt. 27 maart 2003, nr. 61, p. 8.

11. Jolien Schukking is advocaat bij Bird & Bird te Den Haag



**20. Noot bij College van Beroep voor het bedrijfsleven 4 juni 2008
EnerQ
LJN-nummer BD2958**

**Bestuursrecht, elektronisch berichtenverkeer, vormvoorschrift,
functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd,
origineel formulier, betrouwbaarheid art. 2:13 Awb**

Sinds de inwerkingtreding van Afdeling 2.3 van de Awb is ingevolge artikel 2:13, eerste lid, Awb hoofdregel dat elektronisch berichtenverkeer tussen burgers en bestuursorganen mogelijk is, mits de bepalingen van deze afdeling in acht worden genomen.

Artikel 2:13, tweede lid, Awb geeft twee situaties aan waarin de hoofdregel van het eerste lid niet geldt.

De eerste uitzondering (artikel 2:13, tweede lid, sub a Awb) betreft de situatie waarin bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald dat het eerste lid niet geldt. Uit de Memorie van Toelichting bij de Webv valt af te leiden dat het uitsluiten van de werking van het eerste lid van artikel 2:13 Awb uitdrukkelijk dient te geschieden. Een uitdrukkelijke bepaling die artikel 2:13, eerste lid, Awb zijn werking ontnemt, valt in beide door verweester genoemde wettelijke voorschriften niet te lezen.

De tweede uitzondering (artikel 2:13, tweede lid, sub b Awb) betreft de situatie waarin een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet. Alleen als een vormvoorschrift een functie vervult, welke niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd, zal kunnen worden aangenomen dat het vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet, zo valt op te maken uit de MvT. Bij het aanvragen van MEP-subsidie, waarbij drie vormvoorschriften zijn te onderscheiden, is van een dergelijke situatie geen sprake.

Het eerste vormvoorschrift dat in de door verweester bedoelde wettelijke bepalingen valt te onderkennen, houdt in dat gebruik wordt gemaakt van een formulier. Gebruik van het hier bedoelde formulier vervult naar het oordeel van het College geen functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd. Integendeel, potentiële aanvragers worden door verweester gestimuleerd een aanvraagformulier langs elektronische weg op te vragen en tevens langs elektronische weg in te dienen.

Het tweede vormvoorschrift houdt in dat sprake moet zijn van een "origineel" formulier. De betekenis van dit vereiste is onduidelijk. Immers, van indiening op een formulier dat als "origineel" valt aan te merken, zal in alle gevallen waarin het digitale aanvraagformulier wordt gebruikt, geen sprake zijn, nu verweester in dat geval aanvragers vraagt om hun aanvragen in te dienen op formulieren die zij zelf vervaardigen door een bepaald bestand uit te printen. Voor zover verweester meent dat bedoeld vormvoorschrift bepaalde waarborgen met betrekking tot de betrouwbaarheid van de aanvragen biedt, overweegt het College dat artikel 2:15, derde lid,

Awb voorziet in de mogelijkheid een elektronisch verzonden bericht te weigeren voor zover de betrouwbaarheid ervan onvoldoende is gewaarborgd. De originaliteits eis vervult dus evenmin een functie die niet langs elektronische weg kan worden gerealiseerd.

Het laatste vormvoorschrift betreft de voorwaarde dat het formulier ondertekend moet zijn. Ook dit is geen voorschrift dat een functie vervult die langs elektronische weg niet kan worden bereikt. In artikel 2:16 Awb wordt immers aangegeven op welke wijze bij elektronische verzending aan het vereiste van ondertekening kan worden voldaan.

De handtekening als vormvoorschrift.

1. Tennet zijnde de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet verstrekt op aanvraag subsidies. Hiertoe maakt zij al langere tijd gebruik van een digitaal aanvraagformulier. Tennet heeft dankzij haar vooruitstrevendheid indertijd op het gebied van digitaal aanvragen al vele rechtszaken op haar naam staan. Echter waar Tennet eerst te modern was voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) is zij nu te ouderwets.

2. De Wet elektronisch bestuurlijk verkeer is 1 juli 2004 in werking was getreden. Voor 1 juli 2004 kon een beroep bij het CBB op het inzenden van een digitale aanvraag niet baten. De aanvraag had immers schriftelijk en ondertekend moeten geschieden.¹

3. Ook sinds de inwerkingtreding van de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer heeft Tennet al de nodige procedures gevoerd naar aanleiding van het digitale aanvraagformulier. Echter de verhoudingen zijn nu veranderd zoals de uitspraken van de CBB ook aantonen.

4. De Wet elektronisch bestuurlijk verkeer heeft ex post de wil van alle historische wetgevers voor wat betreft het begrip schriftelijk nader geconcretiseerd.² Uitgangspunt is dat de elektronische weg in beginsel gelijkwaardig is aan de conventionele weg.

5. Voor wat betreft de handtekening is nog maar de vraag of de elektronische weg gelijkwaardig is aan de conventionele weg. Zo wordt in de toelichting bij de wet opgemerkt dat er de neiging bestaat bij elektronisch verkeer om een hogere mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid te eisen dan bij conventionele communicatie.³

6. Er zijn binnen een jaar vier uitspraken verschenen bij het CBB die het verkeer langs elektronische weg betreffen. Al deze uitspraken betroffen netwerkbeheerder Tennet.⁴ De uitspraak die in deze noot centraal staat betreft de volgende casus.

1. College van Beroep voor het bedrijfsleven 22 maart 2007, LJN BA1766.

2. Kamerstukken I 2003/04, 28384, nr. C, p. 2.

3. Kamerstukken II, 2001/02, 28483, nr. 3, p. 16.

4. College van Beroep voor het bedrijfsleven 29 mei 2008, LJN BD2958, College van Beroep voor het bedrijfsleven 4 juni 2008, LJN BD4039, College van Beroep voor het bedrijfsleven 4 juni 2008, LJN BD4036, College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 december 2007, LJN BC2450.

Tennet verstrekt op aanvraag groene subsidies. Hiertoe kan een formulier op de site ingevuld worden. Nadat de aanvraag is verstuurd, verschijnt er op het scherm:

“Uw digitale aanvraag is verstuurd. Deze digitale versie is nog niet voldoende om als formele subsidie te worden beschouwd. Daarvoor dient u een ondertekend aanvraagformulier bij ons in te dienen. U ontvangt dit aanvraagformulier per email. Dit formulier dient u dus ondertekend in te sturen om uw aanvraag in behandeling te kunnen nemen.”

7. In de Elektriciteitswet van 1998 staat dat een aanvraag om subsidie wordt ingediend met gebruikmaking van het origineel van een formulier dat wordt vastgesteld bij ministeriële regeling. In de ministeriële regeling staat vervolgens dat een aanvraag om subsidie wordt ingediend met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier, dat is opgenomen in de bij de regeling behorende bijlage I.

8. De Wet elektronisch bestuurlijk verkeer is geïmplementeerd in afdeling 2.3 van de Algemene wet Bestuursrecht (Awb). De hoofdregel zegt dat elektronisch verkeer tussen burgers en bestuursorganen mogelijk is mits de bepalingen van afdeling 2.3 in acht worden genomen. Een uitzondering op de hoofdregel is onder andere mogelijk als een vormvoorschrift zich tegen elektronische post verzet.

9. Van de in de uitspraak behandelde vormvoorschriften is de handtekening het meest interessant. Immers daar waar het bevoegde bestuursorgaan het gebruik van een digitaal aanvraagformulier toestaat, wordt nog steeds in veel gevallen gevraagd analoog als in bovenstaande casus om het aanvraagformulier op ouderwetse wijze ondertekend toe te sturen.

10. De Wet elektronisch bestuurlijk verkeer zegt in artikel 2:16 over de ondertekening het volgende:

“aan het vereiste van ondertekening is voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt.”

11. Uit de casus is helaas niet duidelijk hoe het aanvraagformulier ondertekend is. Indien de aanvrager met de eigen naam heeft ondertekend, had deze uitspraak wellicht inzichtelijker kunnen maken in welke gevallen de CBB meent dat het ondertekenen met de eigen naam voldoende betrouwbaar is.

12. In de Kamerstukken⁵ behorende bij de wet staat toegelicht dat de aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt, bepalend zijn voor de mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid die vereist is. Voor de meerderheid van de berichten is in het geheel geen (gekwaliceerde) elektronische handtekening nodig. In veel gevallen kan met een eenvoudige elektronische

5. Kamerstukken II, 2001/02, 28483, nr. 3, p. 17, Kamerstukken I 2003/04, 28384, nr. C, p. 4.

handtekening worden volstaan of kan een bestuursorgaan een bericht zonder elektronische handtekening accepteren. Als voorbeeld wordt genoemd de verlening van een vergunning waar hogere eisen aan moet worden gesteld dan aan de verstreking van algemene inlichtingen die ook langs andere kanalen verkrijgbaar zijn.

13. Op dit moment maakt slechts een handjevol bestuursorganen gebruik van de mogelijkheden die de elektronische handtekening biedt. Een rondje op internet leert dat bestuursorganen wel met de invoering van de digitale handtekening bezig zijn. Zo bestaat er bij het IPO een project e_Formulieren. Met dit project zal ook een aansluiting op DigiD gerealiseerd worden.

14. Tot de digitale handtekening gemeengoed is, zullen we het waarschijnlijk met de tweeslachtige wijze van aanvragen moeten doen. Een voordeel van de uitspraak van de CBB is dat de niet ondertekende aanvraag als een onvolledige aanvraag wordt aangemerkt waar aanvrager de tijd voor geboden moet worden om dit hiaat aan te vullen. Het ontbreken van een voldoende betrouwbare ondertekening is geenszins een reden om de aanvraag buiten behandeling te stellen.

Dr. mr A. Herczog⁶

6. Aimée Herczog is momenteel werkzaam als senior jurist bij Rijkswaterstaat.

21. Noot bij Voorzieningenrechter Amsterdam 19 juni 2008
Hollandse Hoogte
LJN-nummer BD4785

Portretrecht, privacy, redelijk belang, recht op openbaarmaking

Hollandse Hoogte heeft op haar website een foto geplaatst, met daarop eiseres in hardlooptrusting afgebeeld, joggend achter een kinderwagen en met een MP3-speler op. Hollandse Hoogte heeft die foto in licentie gegeven aan o.a. de Consumentenbond, die de foto in publicaties gebruikt heeft. Het recht op privacy van eiseres niet zodanig is geschonden dat het recht op openbaarmaking van de foto door Hollandse Hoogte daarvoor moet wijken. Eiseres heeft dan ook geen redelijk belang zich tegen de openbaarmaking te verzetten.

1. In het onderhavige kortgeding gaat het om een zonder toestemming gemaakte en vervolgens gepubliceerde foto van een joggende, mp3-speler dragende vrouw. De foto is in klein pixel formaat en door een ieder te raadplegen, geplaatst op de website van Hollandse Hoogte. Hollandse Hoogte beheert in haar online database meer dan 6 miljoen, naar onderwerp gerubriceerde afbeeldingen en exploiteert deze. De Consumentenbond heeft ten behoeve van een artikel over mp3-spelers in haar Consumentengids voornoemde foto in groter formaat opgevraagd bij Hollandse Hoogte, die op haar beurt de foto in licentie aan de Consumentenbond heeft gegeven. De gewraakte foto verschijnt bij het artikel in een oplage van 600.000 stuks. De vrouw op de foto deelt aan Hollandse Hoogte mee dat zij inbreuk maakt op haar portretrecht (ex art. 21 Aw), daarmee onrechtmatig handelt en sommeert haar dit te stoppen. Bovendien stelt zij Hollandse Hoogte aansprakelijk voor de geleden schade.

2. De rechter stelt ten eerste vast dat sprake is van een portret. Niet over de foto in klein pixel formaat wordt geoordeeld dat het een portret is, maar wel over de opgevraagde foto in groot formaat. Daarop wordt eiseres namelijk herkenbaar. Overeenkomstig met het Naturiste-arrest¹ doet het er niet toe dat het gelaat van eiseres niet geheel zichtbaar is. Iemands' lichaamshouding, maar ook andere karakteristieke trekken zoals haardracht, de neus, een gedeelte van de oogpartij of een bril kunnen een persoon immers herkenbaar maken zodat sprake is van een portret ex art. 21 Aw.²

3. Vervolgens stelt de rechter vast dat eiseres geen toestemming heeft verleend voor het maken en plaatsen van de foto op de website. Dit betekent natuurlijk niet automatisch dat het plaatsen van de foto onrechtmatig is. Eiseres dient aan te tonen dat zij een redelijk belang ex art. 21 Aw tegen publicatie heeft. De rechter legt daartoe correct de toets uit het Vondelpark-arrest³ aan: in beginsel is in casu sprake van een redelijk belang tegen plaatsing op de website, als dit een inbreuk

1. HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, AMI 1988, p. 58.

2. Rb. Amsterdam 10 juli 1996, Mediaforum 10/1996, B136-138 (Wastelandparty).

3. HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000, r.o. 3.3-3.4.

maakt op de privacyrechten van eiseres. Of daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval, met name de aard en de mate van intimiteit waarin eiseres is afgebeeld, terwijl ook het karakter van de foto en de context van de publicatie van belang kunnen zijn.

4. Volgens eiseres is haar redelijk belang ten eerste gelegen in het recht met rust gelaten te worden, dat zij niet graag gefotografeerd wordt, en dat zij op ongemakkelijke wijze in strakke, niets verhullende sportkleding is afgebeeld. Ten tweede stelt eiseres dat zij het recht om haar portret voor commerciële doeleinden te gebruiken, zelf wenst te hebben.

5. Het eerste middel pareert de rechter: dat eiseres niet graag gefotografeerd wordt, is onvoldoende om een redelijk belang aan te nemen. Dat is duidelijk. Een fotograaf hoeft geen toestemming te vragen voor het maken van foto's van personen die zich ophouden in de openbare ruimte.⁴ Voorts gaat het om een onschuldige, niet aanstootgevende foto en is van niets verhullende kleding geen sprake. Ik heb de foto gezien (ik zal de link hier zorgvuldigheidshalve niet plaatsen), naar mijn idee is van niets verhullende kleding inderdaad geen sprake.

6. Bij de behandeling van het tweede middel gaat de rechter de mist in. Immers niet enkel *public figures* hebben een redelijk belang tegen niet-geautoriseerde commerciële publicatie van hun portret.⁵ Ook gewone mensen kunnen een vergelijkbaar redelijk belang hebben – voortvloeiend uit hun privacyrechten – tegen ongewenst commercieel gebruik van hun portret, waardoor ongewenste associatie of gesuggereerde ondersteuning met het product of de dienst kan ontstaan, zo blijkt uit het Discodanser-arrest (r.o. 3.3):⁶

“De opname van een portret in een reclame voor een produkt of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat produkt of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen – en doorgaans terecht – ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het produkt of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde. Dit brengt mee dat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw, dat zich tegen die openbaarmaking verzet.”

De rechter had in de onderhavige zaak derhalve moeten nagaan of eiseres heeft ingestemd met commercieel gebruik van haar portret door Hollandse Hoogte. Dat was overduidelijk niet het geval.

Bart Smink⁷

4. Rb. Rotterdam, 26 november 2008, LJN BG 7976.

5. HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383, r.o. 3 ('t Schaep met de Vijf Pooten)

6. HR 2 mei 1997, AMI 1997/7.

7. Bart Smink is advocaat bij Van der Kooij Advocaten.

**22. Noot bij Rechtbank 's-Gravenhage 25 juni 2008
ACI vs. Thuis kopie
LJN-nummer BD5690¹**

**Auteursrecht, privékopie, thuiskopie vergoeding, heffing, art. 5
Auteursrecht richtlijn (2001/29/EG), art. 16b Aw, art. 16c Aw**

Geschil tussen importeurs en fabrikanten van blanco informatiedragers (eisers) en Stichting de Thuis kopie c.s. over de thuiskopie vergoeding. Eisers vorderen een aantal verklaringen voor recht.

De rechtbank stelt voorop dat het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal een illegale handeling is. Deze handeling valt niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis zijn weliswaar aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg, maar de door de minister voorgestane en door de regering onderschreven uitleg, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een privé-kopie van een illegale bron legaal is, is in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn. Met de door de rechtbank voorgestane uitleg van artikel 16c Aw is nog geen antwoord gegeven op de vraag of met het maken van deze illegale kopieën rekening mag worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopie vergoeding. De Richtlijn bepaalt in artikel 5 lid 2 sub b niet meer dan dat de rechthebbende bij een beperking van het auteursrecht een billijke compensatie moet ontvangen. De Richtlijn laat onverlet dat op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van privé-kopieën van illegaal materiaal.

De Richtlijn laat de lidstaten in beginsel vrij de omvang van de compensatie vast te stellen. Uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de Nederlandse wetgever ervan is uitgegaan dat de thuiskopie vergoeding een compensatie moet zijn voor door de rechthebbende door de kopieerhandeling geleden nadeel. Compensatie is vanuit dat uitgangspunt niet aan de orde indien de rechthebbende – expliciet of impliciet – toestemming voor de kopieerhandeling heeft gegeven.

1. Tot 25 juni was het muziekgebruik op internet onder te verdelen in uploaden en downloaden. Het zonder toestemming van de rechthebbende(n) vanaf de computer thuis via internet aanbieden van muziek (het 'uploaden') was niet toegestaan. Het spiegelbeeldige: het zonder toestemming van de rechthebbende(n) naar de computer thuis kopiëren van muziek (het 'downloaden') was wel toegestaan. Die laatste handeling viel onder de zogenoemde thuiskopie-exceptie (art. 16c Auteurswet). Geldt dat ook als wordt gedownload van een aanbieder die inbreuk

1. Deze noot verscheen eerder in Computerrecht 2008, afl. 5.

pleegt? Ja, ook als van een zogenoemde illegale bron wordt gedownload is dat toegestaan, dat heeft de wetgever meermaals bevestigd.

2. Het was op feesten en partijen altijd wat lastig uit te leggen, dit onderscheid. De thuiskopie-exceptie is nu eenmaal slechts een uitzondering op het reproductierecht, niet op het openbaarmakingsrecht. Die uitzondering is historisch gegroeid. In de tweede helft van de vorige eeuw kwamen apparaten op de markt waarmee consumenten in de beslotenheid van hun woning geluidskopieën konden maken. Het Duitse Grundig was de grondlegger van de magnetofoon. Toen de controle van het gebruik van dit apparaat op privacybezwaren stuitte, werd in 1965 in Duitsland een apparatenheffing geïntroduceerd (art. 54 Urheberrechts-gesetz).

3. Lange tijd waren consumenten slechts in staat het reproductierecht te schenden. De thuiskopievergoeding vormde een compensatie voor het privékopieën. Vanaf de eenentwintigste eeuw zijn consumenten echter ook in staat op grote schaal via onder meer peer-to-peer-systemen het openbaarmakingsrecht te schenden. Een tegemoetkoming daarvoor in de vorm van een billijke vergoeding heeft de wetgever nooit willen introduceren. Daar staan internationale verdragen aan in de weg. Illegaal downloaden was dus niet mogelijk, illegaal uploaden daarentegen wel.

4. Zo zag de wereld er tot 25 juni uit. Vanaf dat moment was downloaden ineens illegaal, zo berichtten de media. Alle kranten schreven erover en het nieuws bereikte zelfs de televisiezenders. 'Downloaden wel illegaal' kopte mijn Amsterdamse krant Het Parool op de voorpagina.²

5. Zou de Haagse Rechtbank met zijn vonnis van 25 juni de twee werelden van het ongeautoriseerde muziekgebruik op internet hebben willen verenigen tot één grote poel van illegaliteit? Ik betwijfel het.

6. Alle beroering is veroorzaakt door één beknopte overweging van de rechtbank in bovenstaand vonnis.

7. De rechtbank stelt voorop dat het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal een illegale handeling is. Deze handeling valt niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis zijn weliswaar aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg, maar de door de minister voorgestane en door de regering onderschreven uitleg, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een privé-kopie van een illegale bron legaal is, is in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn. (r.o. 4.4.3)

8. Deze zaak ging niet over de vraag of 'illegaal downloaden' al dan niet is toegestaan. Het ging in deze zaak over de wijze waarop de hoogte van de zogenoemde thuiskopievergoeding (opnieuw) dient te worden vastgesteld.

9. De eisers, allen importeurs of fabrikanten van blanco informatiedragers, hadden een groot aantal verklaringen voor recht gevorderd, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de factoren die relevant zijn bij het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. De gedaagden waren stichting De Thuiskopie, belast met

2. Het Parool 27 juni 2008.

inning en verdeling van de thuiskopievergoeding (art. 16d lid 1 Aw), en stichting SONT, de onderhandelingsstichting waarbinnen de hoogte van de thuiskopievergoeding wordt vastgesteld (op grond van art. 16e Aw). De eisers maken via de (branche)organisaties STOBi en FIAR ook onderdeel uit van SONT. Een neven-effect van het aanhangig maken van deze procedure was dat iedere (redelijke) discussie binnen SONT werd gefrustreerd. Sterker nog, de procedure werd door de Minister van Justitie mede aangegrepen om bij AMvB de hoogte van de thuiskopievergoeding te bevriezen.³

10. Een van de zestien verklaringen voor recht die werden gevorderd had betrekking op het downloaden uit een illegale bron. Eisers vorderden voor recht te verklaren dat bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening dient te worden gehouden met de schade die hier het gevolg van is.

11. De gevorderde verklaring voor recht is door de rechtbank afgewezen (net als veertien andere). Volgens de rechtbank laat de Richtlijn Auteursrecht,⁴ waar art. 16c Aw mee in overeenstemming dient te zijn, onverlet dat 'op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van privé-kopieën van illegaal materiaal'. De rechtbank overweegt dat het rekening houden met privékopieën van illegaal materiaal bij het bepalen van de hoogte van de thuiskopievergoeding niet impliceert dat die illegale handeling wordt toegestaan (r.o. 4.4.4).

12. De rechtbank lijkt hiermee te zeggen dat het 'illegaal downloaden' enerzijds mag worden verdisconteerd in de hoogte van de thuiskopievergoeding en anderzijds mag worden verboden. De rechtbank vindt dus eigenlijk dat er niet per definitie een verband hoeft te zijn tussen de handeling(en) die de hoogte van de thuiskopievergoeding bepalen en de handeling(en) die op grond van art. 16c Aw zijn geoorloofd. Anders gezegd: dat de consument er via de thuiskopievergoeding voor betaalt, betekent niet dat hij het ook mag.

13. Helemaal logisch is dit niet. In art. 16c Aw wordt wel degelijk een relatie gelegd tussen de handeling waar de wettelijke beperking betrekking op heeft en het betalen van een billijke vergoeding. Art. 16c lid 2 Aw bepaalt, kortweg, dat voor het privékopieën een billijke vergoeding verschuldigd is. De redenering van de rechtbank kan in zoverre wel gevolgd worden dat die relatie wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding niet wordt gelegd in art. 16c Aw.

14. Met de hierboven aangehaalde overweging gaat de rechtbank in tegen de uitleg van de (reikwijdte van) art. 16c Aw door de Minister van Justitie. Herhaaldelijk heeft deze immers aangegeven dat ook het 'downloaden uit illegale bron' is geoorloofd op grond van art. 16c Aw. De rechtbank is zich daar ten volle van

3. Zie Besluit van 17 februari 2007, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, Stb. 2007, 75 en Besluit van 5 november 2007, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, Stb. 2007, 435. De auteur dezes is als advocaat betrokken bij een procedure tegen de Staat, waarin, kortweg, wordt gevorderd voor recht te verklaren dat deze AMvB's onrechtmatig zijn.

4. Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisering van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

bewust, gelet op de in het vonnis aangehaalde passages uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 16c Aw en de verwijzing naar de recente bevestiging van de reikwijdte van het artikel door de minister.

15. Het siert de rechtbank dat zij lijnrecht ingaat tegen de herhaalde uitleg van art. 16c Aw door de Minister van Justitie. Jammer is alleen wel dat de rechtbank dit toch opmerkelijke standpunt nauwelijks motiveert. De rechtbank merkt slechts op dat het uitgangspunt dat een privékopie van een illegale bron geoorloofd is, in strijd is met de zogenoemde drie-stappen-toets van art. 5 lid 5 van de Richtlijn Auteursrecht. De rechtbank zal daarbij met name aan de tweede stap hebben gedacht: de beperking doet afbreuk aan de normale exploitatie van het werk. De derde stap — de beperking schaadt de wettige belangen van de rechthebbende op onredelijke wijze — is immers te ‘repareren’ door een billijke vergoeding.⁵ Het is de vraag of rechthebbenden met de overweging van de rechtbank geholpen zijn. Als een billijke vergoeding als compensatie voor de handeling niet geoorloofd is, blijft handhaving van het verbodsrecht over.

16. Die handhaving stuit nu juist op praktische en principiële bezwaren. Praktisch bezien is het simpelweg niet mogelijk op te treden tegen de honderdduizenden downloaders die ons land kent. Het principiële bezwaar is natuurlijk het recht op privacy. Het is goed om in herinnering te brengen waarom de thuiskopievergoeding indertijd in Duitsland is geïntroduceerd. Dat was nadat de Duitse evenknie van Buma (GEMA), tevergeefs had geprobeerd zijn exclusieve reproductierecht in de privésfeer van de consument te handhaven. Het Bundesgerichtshof oordeelde in 1964 dat een dergelijke handelwijze in strijd zou zijn met ‘die Unverletzlichkeit des häuslichen Bereichs’ oftewel de bescherming van de privésfeer van de woning.⁶

17. De brancheorganisatie van de Nederlandse entertainmentsector NVPI heeft al aangegeven dat geen ‘heksenjacht’ op ‘downloadende internetters zal worden ontketend’.⁷ Dat lijkt mij inderdaad verstandig.

18. Ondertussen zijn de eisers in deze procedure door de rechtbank terug naar de onderhandelingstafel gestuurd. De rechtbank bevestigt dat de hoogte van de billijke vergoeding binnen SONT moet worden vastgesteld (r.o. 4.2.6). Opvallend genoeg hebben de eisers, net als de gedaagden, de overwinning geclaimd van deze zaak. Dat zal de gesprekken binnen SONT waarschijnlijk niet gemakkelijker maken. Het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding lijkt daarmee verder weg dan bij aanvang van de procedure.

Chr.A. Alberdingk Thijm⁸

5. Zie M. Senftleben, Copyright, limitations and the three-step test, Kluwer Law International: Den Haag 2004, p. 235 e.v.

6. BGH 29 mei 1964, GRUR 1965/2, p. 104.

7. Website NVPI, ‘Illegaal downloaden: een heksenjacht?’, www.nvpi.nl.

8. Christiaan Alberdingk Thijm is advocaat bij Solv.

23. Noot bij Hof Amsterdam 3 juli 2008
Brein vs. Leaseweb
LJN-nummer BD6223

**Auteursrecht, Bittorrent, notice-and-take-down, onmiskenbaar
 onrechtmatig, doorgeven NAW-gegevens, art. 6:196c lid 4 BW**

Leaseweb host website everlasting.nl, waarop het via het Bittorrentsysteem mogelijk is bestanden uit te wisselen. Het Hof oordeelt dat het voorhands aannemelijk is dat via Everlasting tal van bestanden die films, muziekopnamen, computerspelletjes, software en E-books bevatten aan derden werden aangeboden en door hen werden gedownload zonder toestemming van de desbetreffende rechthebbenden en dat daarmee inbreuk werd gemaakt op auteursrechten en/of naburige rechten, dat Everlasting deze faciliteit welbewust in het leven heeft geroepen alsmede dat Everlasting bij de uitvoering ervan een essentiële en kwaliteitsbevorderende rol speelde.

Conclusie: Everlasting speelde welbewust een faciliterende rol bij het op grote schaal inbreuk maken op de auteursrechten en/of naburige rechten – naar moet worden aangenomen – (mede) van diegenen voor de bescherming van wier belangen Brein in dit geding opkomt. Daarmee handelt zij onmiskenbaar onrechtmatig jegens diegenen. Nu het handelen van Everlasting onmiskenbaar onrechtmatig was, dit handelen plaats vond op de door Leaseweb ge-‘hoste’ website en Brein Leaseweb daar voldoende adequaat op had geattendeerd, handelde Leaseweb op haar beurt onrechtmatig door de website niet te verwijderen. Ook heeft de voorzieningenrechter de vordering tot verstrekking van de NAW-gegevens terecht toegewezen, nu Brein voldaan heeft dat de eis Leaseweb die gegevens te verschaffen op grond waarvan Leaseweb redelijkerwijs en zonder zodanig uitgebreid onderzoek dat dat in redelijkheid niet van haar kon worden verwacht – kon beoordelen of het handelen van de houder van de website inderdaad onrechtmatig was.

Bittorrent

1. Internet Service Provider Leaseweb host de website www.everlasting.nu. Via Everlasting worden volgens Brein talloze illegale bestanden aangeboden, waaronder films als Mr. Bean's Holiday, The Da Vinci Code en Das Leben der Anderen, de K3 kaskraker 'ya ya yippie' en werk van Marco Borsato en Clouseau.
2. Everlasting gebruikt het zogenaamde Bittorrent systeem. Dit systeem koppelt de computers van een groot aantal gebruikers ('peers'). Deze gebruikers uploaden bestanden die andere gebruikers dan weer van elkaar kunnen downloaden. 'Om dat mogelijk te maken en efficiënt te laten verlopen wordt het bestand in blokjes verdeeld... Om de verdeling in blokken en het verkeer van die blokken correct en ordelijk te laten verlopen zijn torrentfiles en een 'tracker' nodig. Zij zijn

essentieel voor het functioneren van het systeem’, zo citeert het Hof uit een deskundigenrapport.

3. De website van Everlasting creëert als het ware de uitwisselingsmogelijkheid. Haar website functioneert als server. Echter niet in die zin dat de bestanden bij haar op de server staan, maar wel de tracker (de zoekfunctionaliteit). Wie wil deelnemen moet zich bij Everlasting als lid registreren. Het hof stelt dat het verder aannemelijk is dat Everlasting ook de kwaliteit van de bestanden bewaakt.

4. Brein sommeert Leaseweb de Everlasting website ontoegankelijk te maken en de NAW-gegevens (naam, adres, woonplaats) van de houder van de website bekend te maken. Leaseweb weigert.

5. Dit arrest wijkt niet af van de (in ieder geval voor zover gepubliceerd) rechtspraak die de afgelopen jaren op dit gebied is gewezen en waarin Brein eveneens eisers was. Daaronder de zaken Brein/KPN, Brein/Techno Design (zoekmp3.nl) en Brein/Shareconnector.

Everlasting faciliteert inbreuk actief

6. Het hof concludeert dat Everlasting welbewust een website in het leven heeft geroepen waarlangs inbreuk wordt gepleegd op IE-rechten en dat Everlasting daarbij ook zelf een essentiële en kwaliteitsbevorderende rol speelde. Volgens het Hof is Everlasting daarmee direct betrokken is bij het inbreukproces. Door haar welbewuste faciliterende rol handelt Everlasting volgens het Hof onrechtmatig jegens de rechthebbenden.

Vordering afgifte NAW gegevens

7. Omdat Brein Leaseweb voldoende informatie had gegeven om te kunnen concluderen dat de websitehouder inderdaad onrechtmatig handelde en Brein naar redelijkheid via andere wegen heeft geprobeerd achter de identiteit van de websitehouder te komen, heeft de voorzieningenrechter volgens het Hof ook terecht afgifte van de NAW gegevens bevolen. Leaseweb had daar tegenin gebracht dat zij niet bij iedere ‘summier geformuleerde klacht’ de manuren en kosten die nodig zijn om de klacht te onderzoeken kan besteden. Dat geldt zeker als de illegale bestanden niet door Leaseweb worden gehost, zoals bij Everlasting het geval is. Het hof gaat daar deels in mee en stelt dat van Leaseweb inderdaad geen al te uitgebreid onderzoek verwacht kan worden om na te gaan of inderdaad sprake is van onrechtmatig handelen. Volgens het Hof was dat hier ook niet nodig.

8. Dat lijkt een beetje op de bekende toets van ‘onmiskkenbare onrechtmatigheid’. Een toets die nu juist alleen geldt bij de vraag of een tussenpersoon informatie offline moet halen om eigen aansprakelijkheid te voorkomen. In het Lycos/Pes-sers arrest (HR 25 november 2005) is de toets voor het opeisen van NAW gegevens toch alleszins coulanter verwoord. Te weten (kort samengevat), de onrechtmatigheid hoeft slechts voldoende aannemelijk te zijn.

9. Aan ‘onmiskkenbare onrechtmatigheid’ is overigens volgens het hof voldaan, zodat ook terecht bevolen is tot verwijdering en verwijderd houden van de web-

site. Uit het arrest wordt niet duidelijk of ook sprake is van een structurele inbreuk; bijvoorbeeld doordat vrijwel alle via Everlasting aangeboden bestanden inbreukmakend zijn. Het is de vraag of het hof die stap niet eerst had moeten nemen (conform bijvoorbeeld het zoekmp3 arrest). Immers, het gaat niet om het offline halen van één of meerdere bestanden, maar van een hele website.

10. Opmerkelijk is verder dat Brein in deze zaak (anders dan in bijvoorbeeld de zaak KPN) geen afsluiting van de internetaccount van de websitehouder eist. Een discussie over het 'grondrecht' op een internetverbinding blijft in deze zaak dan ook uit.

P2P gebruikers geen 'besloten kring'

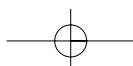
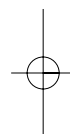
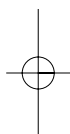
11. Leaseweb heeft kennelijk alle verweren uit de kast gehaald, waaronder het verweer dat Everlasting bestond uit *'een zeer kleine groep bekenden die het interessant vonden met P2P-techniek bezig te zijn'*. Dat dit volgens het hof niet voldoet aan de wettelijke toets van artikel 12 lid 4 Aw is niet bepaald een spectaculaire uitkomst.

Proceskosten conform liquidatietarief

12. Evenals in de zaak Brein/KPN, wordt ook hier op grond van de in art. 1019h Rv opgenomen billijkheidstoets het forfaitair tarief toegepast. Leaseweb wordt dus niet veroordeeld tot vergoeding van de advocaatkosten van Brein. Immers, de internet service provider zit in een spagaat. Zij moet rekening houden met de klager, maar ook met de belangen van haar klant. Bovendien gaat het om nog niet uitgekristalliseerde materie, aldus het Hof.

Jens P. van den Brink¹

1. Jens van den Brink is advocaat bij Kennedy Van der Laan.



24. Noot bij Voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch 4 juli 2008
De Stelling
geen LJN-nummer¹

Privacy, Richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet, art. 8 Wbp

Gedaagde (Stichting) heeft op website zonder toestemming meerdere artikelen geplaatst of laten plaatsen, waarin wordt verwezen naar [eiser] – die daar bezwaar tegen maakt. De rechter oordeelt dat toestemming van de “betrokkene”, in casu [eiser], wel degelijk vereist is en voor de beoordeling in deze zaak relevant. Immers, voor een verantwoordelijke die persoonsgegevens op internet wil publiceren, geldt op grond van art. 8 Wbp (dat ingevolge artikel 3 ook van toepassing is op verwerking voor uitsluitend journalistieke doeleinden) dat zij toestemming nodig heeft van de betrokkene, tenzij er een aantoonbare noodzaak is voor de publicatie. I.c. geen noodzaak: de informatie is erg gedateerd en weinig relevant. Het zou te dol voor woorden zijn als iedereen die ooit in een strafrechtelijk onderzoek is gehoord maar nooit is vervolgd, dat nog decennia later in besmukte zin op internet tegengeworpen krijgt.

Onderdeel 2 van de vordering (verbod voor de toekomst) wordt afgewezen, nu dit onderdeel in zijn algemene formulering neerkomt op censuur vooraf hetgeen rechtens niet toelaatbaar is. Het oordeel over lichtvaardig en onrechtmatig herhalen van persoonsgegevens in strijd met de letter en strekking van dit vonnis kan de rechter in voorkomend geval tot uitdrukking brengen in de hoogte van de kostenveroordeling.

De werkers van het woord verworden tot verwerkers

1. V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 4 juli 2008, zaaknummer 175262 / KG ZA 08-299 (*Van de M./De Stelling*) is bij mijn weten een van de eerste vonnissen waarin de *CBP Richtsnoeren Publicatie van persoonsgegevens op internet* (Stcrt. 11 december 2007) worden toegepast. Met een in mijn ogen licht verbijsterend resultaat. Ik haast mij daaraan toe te voegen dat dat misschien niet zozeer komt door het vonnis zelf, maar door de Richtsnoeren van het College voor de bescherming van persoonsgegevens, het CBP. In dit vonnis wordt een vordering tot verwijdering van een openbare publicatie die naar eiser stelt onrechtmatig is tegenover hem omdat zijn reputatie wordt geschaad, toegewezen, omdat de publicatie niet voldoet aan artikel 8 Wet bescherming persoonsgegevens. Wie nu verbaasd met de oren klapt, heeft mijns inziens gelijk. In plaats van het recht met betrekking tot onrechtmatige publicaties, wordt hier informatieel privacyrecht ingezet om een publicatie te verbieden.

1. Deze noot verscheen eerder in NJB Afl. 2008, nr. 35.

2. De *CBP Richtsnoeren* verplichten degene die elektronisch publiceert over personen de Wet bescherming persoonsgegevens in acht te nemen. Omdat die wet tamelijk abstract is, heeft het college gemeend een aantal richtsnoeren te geven die het eenvoudiger moeten maken om te beoordelen of een publicatie op internet al dan niet in overeenstemming is met de Wbp. Wie de wet kent, weet dan wel ongeveer hoe die beoordeling er uit moet zien. Heb ik toestemming van betrokkene om over hem te publiceren. Zo nee, is het absoluut noodzakelijk om over hem of haar te publiceren? Publiceer ik iets over zijn of haar politieke gezindheid, zijn of haar lidmaatschap van een vakvereniging? Negatieve antwoorden op die vragen leiden doorgaans tot een verbod. In de *Richtsnoeren* wordt op de voet van artikel 2 Wbp een uitzondering gemaakt voor publicaties voor uitsluitend journalistieke doeleinden. Die doeleinden worden ook nader omljnd. De exceptie slaat niet op artikel 8 Wbp. Dat artikel moet ook in journalistieke publicaties in acht worden genomen.

3. De Stichting De Stelling onderhoudt een website die een elektronische versie is van de papieren versie 'Kleintje Muurkrant'. Kleintje Muurkrant wil via het openbaar maken van feiten, achtergrondinformatie en discussiestukken het verzet tegen misstanden in de maatschappij aanwakkeren. De klassieke waakhond functie van de pers dus. Op de website worden artikelen geplaatst waarin Van de M. in een slecht daglicht wordt gesteld vanwege vermeende banden met figuren uit de onderwereld en betrokkenheid bij teakplantages waar beleggers zouden zijn benadeeld. De vermeende banden met de onderwereld dateerden van minstens twaalf jaar gelden; de teakplantage-affaire was in onderzoek bij de AFM die tot dusver echter geen reden had gezien om vergunningen van ondernemingen waarin Van de M. een rol speelde in te trekken. De desbetreffende publicatie wordt onrechtmatig geacht en daar is wel wat voor te zeggen. Waar het mij om gaat is de wijze waarop tot die conclusie wordt gekomen.

4. Het lijkt immers zo vanzelfsprekend wat er in het vonnis gebeurt en daarom is het ook heel nuttig om te laten zien dat dat vanzelfsprekende niet deugt. Ik citeer eerst uit de *CBP Richtsnoeren*: 'De wet (Wbp) is van toepassing op "de gehele of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens", *dus* (cursive-ring K.) op elke publicatie van persoonsgegevens op internet.' (p. 7). Op basis van die redenering kan vervolgens – wanneer ten minste het woordje *dus* klopt – worden geconcludeerd dat iedereen die persoonsgegevens publiceert op internet, dat zorgvuldig moet doen conform de opdracht die artikel 6 Wbp inhoudt: 'Persoonsgegevens worden in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze verwerkt.' Van daaruit is het verder nog maar één stap – die dan ook door de rechter wordt genomen – naar regels die de 'verantwoordelijke' verplichten om conform artikel 8 Wbp te handelen, dat wil zeggen de persoonsgegevens slechts te verwerken 'indien a. de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend; b. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van betrokkene en die noodzakelijk zijn voor het sluiten van een overeenkomst; c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting

na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is; d. de gegevensverwerking noodzakelijk is ter vrijwaring van een vitaal belang van betrokkene; e. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, (...)'. Ik citeer artikel 8 Wbp hier zo uitgebreid om de lezer te laten voelen dat deze voorwaarden wezensvreemd zijn aan het probleem van onrechtmatige publicaties. Publicatie over betrokkene ten einde een vitaal belang van hem te vrijwaren: wat zou dat in godsnaam kunnen zijn? Welke journalist zou een publicatie rechtvaardigen met een beroep op een wettelijke verplichting, of een contractuele? Zou de Rijksvoorlichtingsdienst dan misschien een beroep doen bij haar voorlichtingsbeleid op de noodzaak van een goede publiekrechtelijke taakvervulling? Wanneer U, net zoals ik, het gevoel krijgt dat er bij deze vragen iets vreemds aan de hand is, is het tijd om te kijken naar aard, doel en specifieke kenmerken van beide rechtsgebieden en vooral naar die van het informationele privacyrecht.

5. Doel van het informationele privacyrecht is allereerst het kenbaar maken aan betrokkene dat gegevens omtrent hem of haar worden verwerkt. 'De bedreiging van de persoonlijke levenssfeer in de informatiemaatschappij – ik citeer de MvT (bij Hooghiemstra, *Teksten en toelichting op de Wet bescherming persoonsgegevens*, par. 7.3) – bestaat echter juist uit de vele mogelijkheden om persoonsgegevens buiten medeweten van betrokkene te verwerken. De Wbp bevat daarom inzake de informatieverstrekking aan de betrokkene een aangescherpt (in vergelijking met de eerdere Wet persoonsregistraties, toevoeging K.) regime gericht op transparantie van gegevensverwerking.' Die transparantie maakt het vervolgens mogelijk dat de betrokkene controle kan uitoefenen over de verwerking van zijn gegevens. De limitatieve rechtvaardigingen voor de verwerking van gegevens zoals die in artikel 8a-e Wbp staan opgesomd, zijn te begrijpen vanuit die transparantie: bij die categorieën weet of kan de betrokkene weten dat zijn gegevens worden verwerkt. De zeer algemene grond die in artikel 8f Wbp wordt genoemd ('noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer prevaleert') valt hier een beetje uit de toon, maar daar is het ook een algemeen opvang-artikel voor. Niettemin kan die grond geen autonome grond zijn en moet zij natuurlijk worden gelezen in het geheel van artikel 8 Wbp en dan wordt wel duidelijk dat het hier in ieder geval niet gaat om een afweging van (publicitaire) privacy en vrijheid van meningsuiting zoals die gebruikelijk is in het recht met betrekking tot onrechtmatige publicaties. Specifieke kenmerken ten slotte van de Wbp zijn dat de fundamenteel noodzakelijke transparantie van gegevensverwerking met behulp van twee verschillende manieren wordt bereikt: eerst langs publiekrechtelijke weg via de meldingsplicht van verwerkingen, zodat het bestaan van deze verwerkingen duidelijk wordt en vervolgens door de verantwoordelijke informatieplichten naar betrokkene op te leggen en de betrokkene zelf inzagerechten te verschaffen. Op dit alles ziet een specifieke toezichthouder toe: een zelfstandig bestuursorgaan.

Dat orgaan kan ook preventieve maatregelen (bestuursdwang) treffen ter voorkoming van inbreuken op de informationele privacy.

6. Bij het recht met betrekking tot openbare publicaties over personen kan worden onderscheiden in aantasting van eer en goede naam en in aantasting van de persoonlijke levenssfeer. In dit vonnis gaat het niet om aantasting van de persoonlijke levenssfeer, maar om aantasting van de eer en de goede naam van eiser. Overigens maakt dat geen verschil voor mijn redenering. Standaard-arrest op het terrein van de reputatie aantasting is HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*). De norm die daaruit volgt, vereist afweging van twee gelijkwaardige belangen: 'aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving kunnen raken kunnen blijven voortbestaan.' Wat de doorslag bij die afweging moet geven, wordt bepaald door een reeks van factoren die verplichten tot een genuanceerde afweging. Specifieke kenmerken van dit rechtsgebied zijn dat alleen repressief wordt opgetreden en slechts bij hoge uitzondering reputaties publiekrechtelijk (strafrechtelijk) kunnen worden beschermd. De bescherming wordt in de overgrote meerderheid gezocht bij de burgerlijke rechter, doorgaans in kort geding. Van een zelfstandig bestuursorgaan is geen sprake; de enige toezichthouder, als daar al van kan worden gesproken, is de Raad voor de Journalistiek, een privaatrechtelijke zelfreguleringsinstantie. In de discussie die de laatste jaren heftig wordt gevoerd over onrechtmatige, reputatie aantastende publicaties, heeft volgens mij niemand ook maar durven bedenken dat er een ZBO moet komen om toe te zien op onrechtmatige publicaties. De vraag of er in dit verband toch een onderscheid moet worden gemaakt tussen *on line*- en *off line*-publicaties, wordt ironisch genoeg door de eerste zin van de Richtsnoeren negatief beantwoord: 'Persoonsgegevens op internet moeten op dezelfde zorgvuldige wijze worden verwerkt als in de off-line wereld.' Mee eens. Maar dat moet natuurlijk niet betekenen dat elektronische publicaties over personen via een andere methode (de Wbp) moeten worden beoordeeld dan publicaties in andere media. En dat is nu juist wel het geval met de toepassing van de Richtsnoeren.

7. Het woordje *dus* staat hier centraal. De vanzelfsprekend lijkende conclusie dat geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens hetzelfde is als het elektronisch publiceren van (negatieve) opinies over personen, lijkt me een hele grote stap te ver. Hier wordt vanuit de technologie beslist over recht en wij weten allemaal dat daar voorzichtig mee moet worden omgegaan. Ik herinner me nog als de dag van gister dat werd gezegd dat elk faxbericht onderworpen zou zijn aan de Wbp (toen Wpr) omdat er immers bij zo een bericht sprake was van verwerking van persoonsgegevens. Met de stap die hier wordt genomen wordt een zeer specifiek geheel van informationele privacyregels van toepassing gebracht op publicaties die de reputatie van een persoon kunnen schaden. Dat specifieke karakter blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat van een inbreuk op de informationele privacy ook al sprake kan zijn, indien de desbetreffende informatie juist en volledig is en op geen enkele wijze de reputatie aantast van de betrokkene. Het gaat bij de Wbp

niet om publicatie van persoonsgegevens, maar om verschaffen van openheid aan de maatschappij en aan betrokkenen over de verwerking van niet-openbare persoonsgegevens. Journalisten zijn in hun specifieke beroepsuitoefening, zo heeft Schuijt ze fraai benoemd, Werkers van het Woord, en geen Verwerkers van Persoonsgegevens. Laat de werkers dus niet tot verwerkers verworden.

Prof. mr. J.J.C. Kabel²

Reactie op ‘De werkers van het woord verworden tot verwerkers’, van Jan Kabel (NJB 2008, 1747, afl. 35, p. 2226-2228)³

In het NJB van 10 oktober toont Jan Kabel zich ‘verbijsterd’ over de toepassing van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) in een rechterlijke uitspraak over een online publicatie (Rb. ‘s-Hertogenbosch (vzr.) 4 juli 2008, KG ZA 08-299). Anders dan Kabel, heb ik niet verbaasd met mijn oren geklapperd bij lezing van die uitspraak. De uitspraak, noch de motivering is verrassend. Hooguit verbijsterend is dat het zolang heeft geduurd voordat de betekenis van de Wbp is doorgedrongen in de mediarechtpraktijk.

Kabel stelt dat de toepassing van de Wbp in voornoemde uitspraak ‘niet deugt’, maar geeft daarvoor geen enkel argument. Als Kabel naar argumenten had gezocht, had hij die ook niet gevonden. Dat de Wbp van toepassing is op een online publicatie van gegevens betreffende een identificeerbare persoon volgt namelijk rechtstreeks uit art. 2 lid 1 van de wet en uit artikel 3 lid 1 van de Europese richtlijn waarop de wet is gebaseerd (Richtlijn 95/46/EG). Bovendien heeft het Hof van Justitie, inmiddels al vijf jaar geleden, bevestigd dat online publicaties onder het toepassingsbereik vallen (HvJ EG 6 november 2003, C-101/01, Lindqvist).

Kabel is niettemin van mening dat de Wbp niet zou moeten worden toegepast op online publicaties. Die mening is gebaseerd op een reeks van misvattingen over de Wbp. De eerste misvatting is dat het doel van de Wbp (uitsluitend) is het verschaffen van openheid over de verwerking van niet-openbare gegevens. Het is juist dat het bieden van transparantie over gegevensverwerkingen een doel is van de Wbp, maar dat is niet het belangrijkste, laat staan enige doel van de wet. Het primaire doel van Wbp is het waarborgen van een zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens. Dat houdt onder meer in dat fundamentele rechten, zoals het recht op privacy en het recht op eer en goede naam, worden beschermd (zie onder meer Kamerstukken II, 25 892, nr. 3, p. 7 e.v. en overweging 2 van de richtlijn). Een beroep op de Wbp om op te komen tegen een gegevensverwerking die die rechten aantast, strookt dus volledig met de ratio van de wet.

De tweede misvatting is dat toepassing van de Wbp op online publicaties meebrengt dat ‘werkers van het woord’ op precies dezelfde wijze worden beoordeeld

2. Jan Kabel is hoogleraar informatierecht aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam.

3. NJB 2008, nr. 43, pp. 2699-2702.

als (andere) ‘verwerkers’. De Wbp is namelijk een kameleon. Dat wil zeggen dat de algemene normen van de Wbp worden ingekleurd door de specifieke situatie waarin zij worden toegepast. Bij toepassing van de Wbp op prestaties van journalisten brengt dit mee dat rekening zal moeten worden gehouden met de belangrijke functie van de pers in een democratische samenleving en met het fundamentele recht op persvrijheid. Dit heeft de wetgever ook onder ogen gezien. De Memorie van Toelichting benadrukt dat de regels van de Wbp voldoende ruimte laten voor ‘afwegingen waarbij de vrijheid van meningsuiting op toereikende wijze aan bod kan komen’ (Kamerstukken II, 25 892, nr. 3, p. 73). Ook dat heeft het Hof van Justitie overigens bevestigd in de voornoemde Lindqvist-zaak.

De derde misvatting is dat toepassing van de Wbp op online publicaties dwingt tot een andere, minder genuanceerde beoordeling dan de belangenafweging die is ontwikkeld in de rechtspraak over onrechtmatige publicaties. De memorie van toelichting op de Wbp zet juist uiteen dat bij de toepassing van de Wbp op de perspublicaties aansluiting moet worden gezocht bij de civielrechtelijke jurisprudentie over onrechtmatige publicaties (Kamerstukken II, 25 892, nr. 3, p. 73). Het wettelijke aanknopingspunt voor die belangenafweging zal in het algemeen art. 8 sub f Wbp zijn, dat uitdrukkelijk een afweging van het belang van de publicist tegen de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene voorschrijft. Die bepaling is, anders dan Kabel meent, wel degelijk een autonome grond en toepassing daarvan zal tot vergelijkbare uitkomsten leiden als toepassing van de criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Tekenend is dat Kabel vindt dat veel te zeggen is voor het resultaat waarop de voorzieningenrechter in voornoemde zaak is uitgekomen met toepassing van de Wbp, namelijk dat de publicatie onrechtmatig was. Tot dat oordeel komt de voorzieningenrechter bovendien op basis van een motivering die, mede gelet op het feit dat het een kort geding betreft, voldoende genuanceerd is. Zo toetst de rechter de ernst van de gepubliceerde misstand, de gevolgen van de publicatie voor de betrokkene, de steun die de verdachtmakingen vinden in het beschikbare feitenmateriaal en de wijze waarop de publicatie is ingekleed. Dat zijn precies de factoren die ook volgen uit de bestaande rechtspraak over onrechtmatige publicaties.

De vierde misvatting is dat de Wbp zou meebrengen dat een bestuursorgaan toeziet op de verrichtingen van de journalistiek. Er is weliswaar een bestuursorgaan dat toeziet op de naleving van de Wbp, het College voor de bescherming van persoonsgegevens, maar uit art. 3 Wbp volgt nou juist dat dit toezicht – in verband met de persvrijheid – geen betrekking heeft op gegevensverwerkingen voor uitsluitend journalistieke doeleinden. Handhaving van de Wbp ten aanzien van deze gegevensverwerking geschiedt dus gewoon via de burgerlijke rechter, zoals in voornoemde zaak ook is gebeurd.

Ten slotte veronderstelt Kabel ten onrechte dat toepassing van de Wbp op online publicaties een onderscheid zou creëren tussen online en offline publicaties. Dat onderscheid creëert de wet niet. De normen van de Wbp zijn juist techniekonafhankelijk en zullen doorgaans ook van toepassing zijn op de offline verrichtingen van de werkers van het woord. Voor toepassing van de Wbp volstaat namelijk dat de werkers hun woorden gedeeltelijk geautomatiseerd verwerken (hetgeen

tegenwoordig bijna altijd het geval zal zijn), en bovendien vallen ook niet-geautomatiseerde verwerkingen onder de Wbp als de gegevens zijn opgenomen in een bestand. Daar komt overigens bij dat de Wbp niet alleen van toepassing is op de verrichtingen van de werkers van het geschreven woord, maar ook op het door hen via de radio en televisie uitgezonden gesproken woord. Het is dus wachten op de eerste rechterlijke uitspraak waarin de Wbp wordt toegepast op dergelijke publicaties.

Mr. dr. P.H. Blok is gepromoveerd op een proefschrift over het recht op privacy en is thans rechter in de Rechtbank 's-Gravenhage.

Naschrift, Jan Kabel

Het is nog veel erger dan ik had gedacht. Blok gaat nu aan het eind van zijn reactie de Wet bescherming persoonsgegevens (Wpb) ook toepassen op de pers en op de omroep. Ik heb in mijn bijdrage duidelijk willen maken dat er rechtsystematisch een onderscheid moet worden gemaakt tussen de bescherming van de informationele privacy zoals die in de Wet bescherming persoonsgegevens (let nog even op de titel van die wet!) is neergelegd en de bescherming van eer en goede naam tegen onrechtmatige publicaties, zoals die in de rechtspraak is ontwikkeld. Blok verwijt mij nu dat ik voor dat onderscheid geen argumenten aandraag; vervolgens kwalificeert hij mijn argumenten als misvattingen. Ik zal die zogenoemde misvattingen in Blok's volgorde bespreken en daarbij uiteraard ook Blok's misvattingen meenemen.

1a) Dat de wet van toepassing is op online publicaties zou volgens Blok volgen uit art. 2 lid 1 van de wet en uit art. 3 lid 1 van de Richtlijn waarop die wet is gebaseerd. Art. 2 lid 1 van de Wbp luidt als volgt: 'Deze wet is van toepassing op de geheel of gedeeltelijke geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede van de niet geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.' Het begrip bestand is van belang als criterium voor de afbakening van de reikwijdte van de Wbp (aldus ook Hooghiemstra en Nouwt, Tekst en toelichting Wet bescherming persoonsgegevens, Sdu Uitgevers 2007, p. 37). Bestand is ingevolge art. 1 sub c: 'elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens, (...) dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen.' Uit die tekst volgt dat van geautomatiseerde verwerking wordt verondersteld dat deze dezelfde kenmerken heeft als een niet geautomatiseerde verwerking die in een bestand is opgenomen. Dat betekent dat de wet niet van toepassing is op het werken met gegevens over één persoon welke gegevens uit de aard der zaak niet volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn. Mijns inziens wordt mijn opvatting bevestigd door de recente conclusie van de A-G bij het HvJ EG van 8 mei 2008 in de Finse zaak Tietosuoja-vaalutettu/Sartakunnan (C-73/07): wanneer de Richtlijn (en dus de Wbp) ook van toepassing zou zijn op publicaties in de pers, dan had de A-G in deze zaak niet hoeven te onderzoeken of er sprake was van een bestand. Zie par. 34 e.v. van de conclusie.

1b) Het HvJ EG zou volgens Blok in de Lindqvist-zaak (HvJ EG 6 november 2003, C-101/01) hebben uitgemaakt dat online publicaties onder de richtlijn vallen. Men moet de uitspraak goed lezen; het Hof zegt in r.o. 27 'dat het vermelden van verschillende personen op een internetpagina met hun naam of anderszins, bijvoorbeeld met hun telefoonnummer of informatie over hun werksituaties en hun liefhebberijen, als een geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens in de zin van art. 3 lid 1 van richtlijn 95/46 is aan te merken'. Daaronder valt dus niet de publicatie over één persoon.

2) Blok stelt dat het primaire doel van de Wbp is het waarborgen van een zorgvuldige verwerking van persoonsgegevens. Dit houdt volgens hem in dat het recht op eer en goede naam wordt beschermd. Hij verwijst daarbij naar overweging 2) van de richtlijn. Die redenering is onjuist en wordt niet ondersteund door genoemde overweging. Zij is onjuist omdat uit dat doel wel volgt dat de zogenoemde informationele privacy (het omgaan met persoonsgegevens) wordt beschermd door de Wbp, maar niet noodzakelijkerwijs dat die wet ook beoogd andere vormen van privacy te beschermen of dat die wet noodzakelijkerwijs de eer en goede naam van personen beschermt. Overweging 2) van de richtlijn luidt: 'Overwegende dat de systemen voor de verwerking van gegevens ten dienste van de mens staan; dat zij de fundamentele rechten en vrijheden en inzonderheid de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke personen, ongeacht hun nationaliteit of verblijfplaats moeten eerbiedigen en tot de economische en sociale vooruitgang, tot de ontwikkeling van het handelsverkeer en tot het welzijn van individuen moeten bijdragen.' Zo is het maar net, maar ik zie daarin geen ondersteuning van Blok's opvatting.

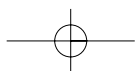
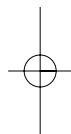
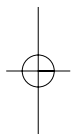
3) Ik zou volgens Blok menen dat toepassing van de Wbp op online publicaties meebrengt dat de werkers van het woord op precies dezelfde wijze worden beoordeeld als (andere) verwerkers. Dat heb ik niet gezegd. Ik ben mij er zeer van bewust dat de Wbp uitzonderingen kent voor de verwerking van persoonsgegevens voor journalisten en heb daar vroeger uitgebreid over gepubliceerd (zie 'Bescherming van persoonsgegevens en de openbare informatievoorziening', Mediaforum 1997, afl. 5, p. 76-80). Uit het bestaan van die uitzonderingen mag echter niet worden geconcludeerd dat de Wbp van toepassing is op alles wat journalisten doen. Het gaat bij de uitzondering om een uitzondering op het toepassingsgebied van de wet: de verwerking van persoonsgegevens. Journalisten houden persoonsgegevens bij; dat is de basis van hun werk. Dat werk zou bemoeilijkt worden, indien zij inzage zouden moeten verlenen in het materiaal dat zij voor hun publicaties gebruiken of zouden moeten velen dat daarin correcties worden aangebracht. Het artikel waar ik het over had, art. 8 Wbp, is echter niet uitgezonderd. Dat is terecht in zoverre het gaat om het bijhouden door journalisten van persoonsgegevens, maar hoeft niet te slaan op de hoofdactiviteit van een journalist: het met behulp van die gegevens publiceren van artikelen.

4) Dan de belangenafweging. Blok meent dat de afweging volgens art. 8 Wbp en dan met name die in art. 8 sub f Wbp dezelfde is als die uit de rechtspraak over onrechtmatige publicaties. Als dat zo is, waarom is dan de omweg van art. 8 nodig, zou ik zeggen. Blok vindt het tekenend dat de rechter tot het oordeel komt

dat de publicatie onrechtmatig is op grond van ongeveer de factoren die ook volgen uit de rechtspraak over onrechtmatige publicaties. Alweer: waarom dan zo raar in de weer met art. 8 Wbp? En wat een nuance vertoont de rechtspraak in vergelijking met de nietszeggende clause van art. 8 sub f Wbp!⁴

5) Dat een zelfstandig bestuursorgaan gaat toezien op de journalistiek was een wat railerende opmerking van me. Dat neemt niet weg dat het College voor de bescherming van persoonsgegevens, een zelfstandig bestuursorgaan, heeft bedacht dat art. 8 Wbp ook op journalistieke online publicaties van toepassing is. Dat is een misvatting. Die misvatting leidt van kwaad tot erger, zoals de reactie van Blok aantoont: straks wordt art. 8 Wbp ook nog toegepast op artikelen in de krant en op wat journalisten op radio en televisie brengen.

-
4. 'Welke belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, en wel – in een situatie als de onderhavige – in het bijzonder van de volgende: a. de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degen op wie die verdenkingen betrekking hebben; b. de ernst – gezien vanuit het algemeen belang – van de misstand welke de publicatie aan de kaak beoogt te stellen; c. de mate waarin ten tijde van de publicatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal; d. de inkleiding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a. t/m c. bedoelde factoren; e. de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publicatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op succes spoedig bereikt had kunnen worden; f. een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die er door wordt getroffen, in verband met de kans dat het desbetreffende stuk ook zonder de verweten ter beschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen', aldus de Hoge Raad in het Gemeenteraadslid arrest van 24 juni 1983, NJ 1984, 801.



25. Noot bij Rechtbank Den Haag 23 juli 2008**KPN vs A-team****LJN-nummer BE9086¹****Wanprestatie, toerekenbare tekortkoming, ADSL-aansluiting**

Uitzendburo A-Team had overeenkomst met Planet Internet (rechtsopvolger: KPN) inzake een ADSL-aansluiting. Na verhuizing van A-Team was er na vier weken nog steeds geen ADSL-verbinding. A-Team is naar een andere provider gegaan en stelt KPN aansprakelijk voor de schade. Algemene voorwaarden van Planet Internet bepalen dat er geen aansprakelijkheid voor schade is, tenzij er sprake is van grove schuld of opzet. De rechtbank onderzoekt of deze uitzondering zich hier voordoet.

Als onweersproken staat vast dat A-Team – zoals ook alleszins voor de hand lag – vanaf de eerste dag waarop zij de ADSL-aansluiting miste, en bij herhaling, contact heeft opgenomen met personeel van KPN en van Planet Internet. Vast staat ook dat haar bij die vele contacten tal van toezeggingen zijn gedaan die steeds niet zijn waargemaakt. KPN heeft niets concreets gesteld over hetgeen Planet Internet heeft gedaan om het probleem op te lossen. Dit had wel op haar weg gelegen om te doen. Onder deze omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat hier sprake is geweest van grove schuld van Planet Internet (thans KPN), niet aan het ontstaan van het probleem dat de schade heeft veroorzaakt, maar aan het voortduren van de situatie waarin A-Team niet over de aansluiting kon beschikken en daardoor schade heeft geleden. Bij dit een en ander plaatst de rechtbank nog twee opmerkingen. Van belang is in de eerste plaats dat Planet Internet/KPN noch binnen de termijn van de vier weken waarin de ADSL-aansluiting heeft ontbroken, noch nadien (en zelfs niet in deze procedure), heeft gesteld hoe lang de heraansluiting nog op zich zou hebben laten wachten als A-Team de overeenkomst niet met onmiddellijke ingang zou hebben beëindigd. Vermelding verdient voorts dat de opvolgende internetprovider van A-Team binnen drie dagen een alternatieve aansluiting tot stand heeft gebracht. KPN heeft niets gesteld waaruit kan worden afgeleid dat Planet Internet, buiten haar schuld, niet in staat was geweest om het probleem binnen een zelfde termijn te verhelpen. Ook hier geldt dat het op de weg van KPN had gelegen om dit te doen. Onder deze omstandigheden komt aan KPN geen beroep toe op de uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van artikel 12 lid 1 AV Planet Internet.

1. Problemen met internetverbindingen komen regelmatig voor. De Consumentenbond wordt regelmatig overspoeld met klachten van consumenten over hun

1. Deze noot verscheen eerder in het Tijdschrift voor Internetrecht 2008, nr. 5

internetverbinding. Dat de Consumentenbond in juni 2008 ruim 10.000 klachten ontving over kabelexploitant Ziggo² geeft aan dat we hier nog steeds met een actueel probleem te maken hebben. Veel van deze klachten hadden betrekking op de internetverbinding en informatievoorziening van de kabelexploitant. Ziggo maakte naar aanleiding van de vele klachten bekend klanten die lang zonder internet of telefoon hadden gezeten, schadeloos te stellen.

2. In andere gevallen, zoals in het geval van de onderhavige uitspraak, verloopt het verkrijgen van een schadevergoeding heel wat minder gemakkelijk. Veel klanten zullen immers niet of nauwelijks in aanmerking komen voor een schadevergoeding doordat in algemene voorwaarden een exoneratiebeding is opgenomen. Het komt in ICT contracten vrijwel altijd voor dat een dergelijk beding is opgenomen.

3. De kern van dit geschil wordt gevormd door de vraag of kabelexploitant KPN BV (hierna: KPN) aansprakelijk is voor de door afnemer Uitzendbureau A-Team BV (hierna: A-Team) geleden schade als gevolg van te late levering van een ADSL aansluiting. In dit vonnis treedt de rechtbank daadkrachtig op tegen KPN.³ De feiten zijn als volgt. A-Team heeft in 2002 een overeenkomst gesloten met Planet Internet voor levering van een ADSL verbinding. In 2005 gaat A-Team verhuizen, en geeft opdracht aan KPN om de ADSL verbinding te verhuizen. Op de dag van de verhuizing blijkt dat er geen ADSL signaal is. Ondanks diverse nadere contacten en toezeggingen is een maand later nog steeds geen ADSL verbinding geleverd. A-Team stapt over naar een andere provider (die binnen een paar dagen een verbinding heeft gerealiseerd) en zegt de overeenkomst met KPN op. Hoewel de overeenkomst eigenlijk niet opgezegd kan worden, beëindigt KPN deze 'uit coulance' wel binnen enige dagen. A-Team maakt nog formeel haar beklag bij KPN en vordert een schadevergoeding van ruim €50.000. KPN, als rechtsopvolger van Planet Internet, beroept zich op de exoneratieclausule die is opgenomen in de Algemene Voorwaarden ADSL (hierna: Algemene Voorwaarden). Daarin wordt alle aansprakelijkheid uitgesloten, tenzij de schade is veroorzaakt door opzet of grove schuld.

4. KPN is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. De kernvraag is of KPN aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade. Een beroep op een exoneratie kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval. De zwaarte van de schuld is één van die omstandigheden en wordt door de Hoge Raad in eerdere jurisprudentie in verband gebracht met de aard en ernst van de betrokken belangen;⁴ de Hoge Raad heeft ook specifiek overwogen dat op een exoneratiebeding geen beroep kan worden gedaan in geval van opzet of grove schuld (of bewuste roekeloosheid). Dit is ook neergelegd in de Algemene Voorwaarden.

2. De onderneming die ontstond door een fusie van de kabelbedrijven Casema, @Home en Multikabel.

3. De rechtbank bepaalt dat KPN moet worden vereenzelvigd met Planet Internet.

4. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU)

5. Grove schuld moet als begrip tussen opzet en grove onachtzaamheid worden gepositioneerd en bestaat uit bewuste en onbewuste roekeloosheid.⁵ Door het begrip grove schuld te hanteren kan een beroep op de exoneration sneller als onaanvaardbaar worden geacht dan dat als het begrip bewuste roekeloosheid zou zijn gehanteerd. Het begrip bewuste roekeloosheid is subjectiever dan het begrip grove schuld. KPN doet zichzelf dus enigszins tekort door de redactie van het exonerationbeding.

6. De rechtbank neemt ook daadwerkelijk grove schuld van KPN aan, niet zozeer voor het ontstaan van het oorspronkelijke probleem (de niet geleverde ADSL verbinding na de verhuizing) maar wel voor haar handelen daarna. A-Team heeft vanaf de eerste dag waarop zij aansluiting miste meerdere malen contact opgenomen met KPN, een klachtbrief gestuurd en aan haar zijn diverse toezeggingen gedaan. Verder heeft KPN niets concreets gesteld over hetgeen Planet Internet heeft gedaan om het probleem op te lossen, of omtrent omstandigheden die het Planet Internet onmogelijk maakten om de verbinding te realiseren. Bovendien rekent de rechtbank KPN aan dat het niet heeft gesteld hoe lang de heraansluiting nog op zich zou hebben laten wachten als A-Team de overeenkomst niet met onmiddellijke ingang zou hebben beëindigd, terwijl het A-Team's nieuwe provider binnen enkele dagen lukte om een werkende verbinding te leveren.

7. De rechtbank past wel een beperking toe op de schade die is veroorzaakt door KPN's grove schuld. Zoals gezegd ziet de grove schuld van KPN op het voortduren van de situatie die schade heeft veroorzaakt. De rechtbank neemt, naar redelijkheid en billijkheid, aan dat hiervan sprake was na verloop van één week na de verhuisdatum. Kennelijk is daarbij de gedachte dat er enige tijd moet verstrijken voordat de nalatigheid in handelen verwordt tot grove schuld. Dat is op zich te billijken, maar ik zou mij ook kunnen voorstellen dat het rechtsgevoel meer is gediend bij het oordeel dat de grove schuld terugwerkt tot de dag van niet-levering. In ieder geval geldt dat de rechtbank niet helder is over de keuze voor een periode van één week: het ligt voor de hand dat een dergelijke keuze wordt beargumenteerd met criteria, aan de hand waarvan getoetst wordt per welk moment sprake is van grove schuld. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt helaas.

8. Deze uitspraak leert een aantal dingen. Niet verrassend is de conclusie van de rechtbank dat de enkele niet-levering van de verbinding niet leidt tot de kwalificatie van grove schuld. Ook is duidelijk dat een actieve houding bij het verhelpen van het probleem, en met name heldere communicatie en het nakomen van toezeggingen, van groot belang zijn. Ten slotte is het als gedaagde ook raadzaam om tijdens een eventuele gerechtelijke procedure actief feiten en argumenten naar voren te brengen ter bestrijding van de stellingen van de eiser. Zijn dit echt opmerkelijke conclusies? Nee. Het is daarom des te verbazingwekkender dat KPN op deze punten zo tekort is geschoten. Het is natuurlijk mogelijk dat KPN technisch haar zaken gewoon niet op orde had, en dat er dus geen mogelijkheid was

5. T. de Graaf, Exoneraties in ICT contracten tussen professionele partijen, Kluwer: Deventer 2006, p. 15.

om de problemen te verhelpen. Maar dat verklaart nog niet de opstelling van KPN in rechte. Het lijkt erop alsof KPN te veel heeft vertrouwd op haar exonerationebding. Deze uitspraak leert dat dat onder deze omstandigheden niet mogelijk was.

Reinoud Westerdijk⁶

6. Reinoud Westerdijk is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

26. Noot bij Rechtbank Haarlem d.d. 24 juli 2008
Webcamgluurder
LJN-nummer BD8449

Stafrecht, art. 246 Sr., webcam, MSN

Verdachte hackte computer van slachtoffer, kon live meekijken met wat het slachtoffer via internet deed, kon ongemerkt foto's, filmpjes en chatsprekken opslaan, en kon op afstand webcam aanzetten een meekijken het hoe slachtoffer dat zich onbespied waande, zich uitkleedde en (half)naakt rondliep. Vervolgens chanteerde hij slachtoffers met de verkregen gegevens, en dwong ze in opdracht seksuele handelingen te verrichten. Het onder dwang ontkleden en verrichten van seksuele handelingen voor de webcam op de wijze als hiervoor omschreven, valt onder het 'dwingen tot ontuchtige handelingen' als bedoeld in artikel 246 Sr. Het heimelijk aanzetten van de webcam van een gehackte computer en het vervolgens via die webcam bespieden van meisjes die zich, totaal onbewust van het feit dat zij in de besloten sfeer van hun slaapkamer of andere privé-ruimte van de woning worden geobserveerd, uitkleden en voor de 'webcam-indringer' naakt of halfnaakt te zien zijn, is op zichzelf genomen aan te merken als feitelijke aanranding van de eerbaarheid als bedoeld in artikel 246 Sr.

1. In deze zaak is sprake van één mannelijke verdachte en van een tiental minderjarige meisjes als slachtoffer van zijn praktijken (9). Voor misbruik van een webcam zijn al eerder mannen veroordeeld. Deze zaak voegt een extra dimensie aan dat misbruik toe en trok van zijn omvang de nodige media-aandacht.¹ De verdachte zocht zijn slachtoffers via chat op MSN en stuurde hen een foto van zichzelf waarin hij een trojans² had opgenomen. Wanneer de slachtoffers deze foto openden kon de verdachte de PC vervolgens onder zijn controle brengen. Volgens de eigen verklaring van de verdachte heeft hij op deze wijze meer dan 200 systemen aangevallen – hoeveel dat er uiteindelijk waren blijkt niet uit vonnis. Daardoor was hij in staat om het wachtwoord van de hotmailaccounts te bemachtigen, zodat hij toegang had tot de e-mailadressen van de kring van vriendinnen. In feite was dat maar bijzaak, want met de controle over de PC was hij tevens in staat de veelal aangesloten webcam te bedienen en kon hij – buiten hun medeweten – zijn slachtoffers in de intimiteit van hun (slaap-)kamer waarnemen en kennis te nemen van de communicatie met anderen. Alsof dat niet genoeg was, chanteerde hij zijn slachtoffers vervolgens met de kennis van hun intieme gedrag met als doel dat zij zich voor de webcam ontkleedden en met zichzelf ontuchtige handelingen pleegden.

1. Zie Het Parool, 11 juli 2008.

2. Het vonnis noemt Bifrost ([http://en.wikipedia.org/wiki/Bifrost_\(trojan_horse\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Bifrost_(trojan_horse))) en Poison Ivy (<http://www.viruslist.com/en/viruses/encyclopedia?virusid=133781>).

2. De OvJ achtte de begane feiten zeer ernstig en vorderde een gevangenisstraf van drie jaar, waarvan een jaar voorwaardelijk met een proeftijd van tien jaar, uiteraard met verrekening van de door verdachte ondergane voorlopige hechtenis. De rechtbank kwam tot een gevangenisstraf van 30 maanden met een voorwaardelijk deel van 12 maanden en een proeftijd van drie jaar. De rechter wees tevens in een aantal gevallen vergoeding toe voor geleden immateriële schade. Ook de apparatuur waarmee verdachte zijn handelingen had bedreven werd onttrokken aan het verkeer.

3. De tenlastelegging bevatte ruwweg vier feitencomplexen met alternatieve tenlasteleggingen die niet ten aanzien van alle slachtoffertjes op dezelfde wijze zijn begaan. De beslissingen van de rechtbank ten aanzien van de bewezenverklaring en ten aanzien van al dan niet gevorderde immateriële schadevergoeding en ten aanzien van teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen zijn niet identiek. Voor een goed begrip van de juridische merites van de zaak behoeven deze onderdelen met uitzondering van het hierna volgende overigens geen specifieke bespreking.

4. De verdachte heeft zich toegang tot de PC van de slachtoffers verschaft door het toezenden van een *trojan* als onderdeel van een foto van zichzelf. Na (automatische) installatie gaven deze *trojans* aan de externe gebruiker volledige controle over de Windows-PC van het slachtoffer. De tenlastelegging verwijt verdachte dat hij op deze wijze opzettelijk en wederrechtelijk is binnengedrongen, niet alleen in het geautomatiseerde werk van de in de aangifte betrokken slachtoffers maar ook in de systemen van anderen. De tenlastelegging spreekt van enkele honderden systemen. Verdachte wordt niet alleen de onbevoegde toegang verweten, zoals strafbaar gesteld in het eerste lid van art. 138a Sr, maar ook het overnemen, aftappen of opnemen van de gegevens die door het betreffende systeem werden verwerkt. Dit betreft niet alleen de opnames van de *webcam*, maar ook het overnemen van het MSN-verkeer dat door deze PC's is onderhouden. Het vonnis van de rechtbank wijdt hieraan geen bewijsoverwegingen, zodat ik aanneem dat het strafdossier op dit punt toereikend gedocumenteerd was.

5. Verdachte toonde aan zijn slachtoffers afbeeldingen of filmpjes die hij door de controle over haar PC had verkregen met het dreigement dat hij deze – vaak naaktfoto's – of aan haar MSN-contacten zou toezenden of aan de display van haar MSN-account zou toevoegen, als zij niet op zijn wensen ingingen. Die wensen bestonden uit het zich voor de *webcam* ontkleden en ontuchtige handelingen plegen, dit ter zinnelijke prikkeling van de verdachte. In het belangrijkste onderdeel van het vonnis is de vraag aan de orde of de handelswijze van de verdachte kan worden gekwalificeerd als 'feitelijke aanranding van de eerbaarheid' zoals strafbaar gesteld in art. 246 Sr dan wel als het plegen, buiten echt, van ontuchtige handelingen met een persoon vanaf 12 jaar die de leeftijd van 16 jaar nog niet hebben bereikt, zoals strafbaar gesteld in art. 245 Sr. In de bewezenverklaring neemt de rechtbank aan dat de gedraging van verdachte zowel een overtreding van art. 245 als van 246 Sr vormt. Uit de verschillen in de delictsomschrijving is duidelijk dat art. 245 niet kan worden opgevat als een *specialis* van art. 246 (of andersom) en kan de beslissing van de rechtbank worden aanvaard. Art. 245 en 246 Sr hebben het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' gemeen. In art. 245 Sr

pleegt de dader deze handelingen. In art. 246 Sr wordt een slachtoffer gedwongen tot het plegen of tot het ondergaan van deze handelingen. Daarom eerst iets over de door verdachte bij zijn slachtoffers afgedwongen handelingen.

6. De rechtbank geeft in de bewijsoverwegingen geen nadere invulling of uitleg van het begrip ontuchtige handelingen. Kennelijk beschouwt de rechtbank de in de tenlastelegging omschreven handelingen als zodanig. De Hoge Raad verstaat onder ontuchtige handelingen handelingen van seksuele aard in strijd met de heersende sociaal-ethische opvattingen, waarbij de bedoeling van de dader doorslaggevend is.³ Deze laatste toevoeging stelt in staat onderscheid te maken met medische en andere verrichtingen die niet de bedoeling hebben inbreuk te maken op de seksuele integriteit van het slachtoffer. Aan de andere kant houdt dit naar mijn mening ook in dat handelingen, die onder normale omstandigheden niet raken aan iemands seksuele integriteit, door de intenties van dader toch als ontuchtig moeten worden aangemerkt. De ratio van de zedelijkheidswetgeving⁴ (de bescherming van de seksuele integriteit van personen c.q. minderjarigen) geeft immers aanleiding tot een ruime afbakening van dit begrip. Het gevoerde verweer dat het tonen van blote borsten voor de *webcam* niet als een ontuchtige handeling kan worden beschouwd, vindt mede gezien de situatie en de wijze waarop dat geschiedde dan ook terecht geen gehoor bij de rechtbank.

7. Bij het vaststellen van de wetstekst van art. 245 – en dat geldt evenzeer voor het hierna te bespreken art. 246 – heeft de wetgever ongetwijfeld situaties op het oog gehad waarin dat dader en slachtoffer die zich in elkaars lijfelijke nabijheid bevinden. In de tekst van genoemde artikelen ontbreekt een duidelijke verwijzing naar een dergelijke situatie, zodat het ontbreken van enig fysiek contact tussen dader en slachtoffer de vervulling van de delictsomschrijving niet in de weg hoeft te staan.⁵ Hier hebben verdachte en slachtoffer geen lijfelijk contact maar communiceren via een internetverbinding. Dat kan ieder ander communicatiemiddel zijn. Het bestanddeel ‘met’ stelt niet de eis dat ontuchtige handelingen in lijfelijk contact van dader en slachtoffer plaatsvinden. Van plegen is sprake als het slachtoffer er toe gebracht wordt die handelingen te verrichten (oorzakelijkheid). Verdachte beweegt het slachtoffer tot het uitvoeren van de gewraakte handelingen. Verdachte’s opzet is ook op die handelingen gericht, opdat hij ze kan waarnemen.⁶ Verdachte wordt dan ook terecht als pleger in de zin van art. 245 Sr aangemerkt.

8. De kern van art. 246 Sr – zie het eerste onderdeel van het eerste onderwerp van de tenlastelegging – is dat de dader iemand dwingt tot het plegen of het dulden van ontuchtige handelingen. Wanneer is er sprake van dwang? De wetstekst licht dwang als volgt toe: door geweld of een andere feitelijkheid, resp. bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid. Art. 246 Sr heeft dit bestanddeel gemeen met

3. HR 11 december 2001, NJ 2002, 61.

4. TK 1988-1989, nr. 5, p. 4-5.

5. Zie ook: de afbeelding van een jeugdige alleen kan een afbeelding van een seksuele gedraging in de zin van art. 240b Sr opleveren. HR 6 maart 1990, NJ 1991, 312.

6. Ter adstructie i.z. art. 242 Sr: HR 24 maart 1998, NJ 1998, 534.

art. 242 Sr (verkrachting). Geweld hoeft niet altijd te bestaan in een directe fysieke aantasting van het slachtoffer. In het voorliggende geval acht de rechtbank het aanwenden van geweld niet bewezen, maar wel het bestaan van 'een feitelijkheid', hier de als chantage te omschrijven gedragingen van verdachte. Duidelijk is dat de slachtoffers voor die chantage zijn gezwicht, bevreesd als zij waren voor de gevolgen van een eventuele weigering. Van dwang is niet alleen sprake in de beleving van slachtoffers, maar blijkt ook uit de opzet van de verdachte.

9. Ten aanzien van een aantal slachtoffers- zo redeneert de rechtbank – kan niet worden bewezen dat zij voor de *webcam* ontuchtige handelingen hebben gepleegd. Weliswaar hebben zij bij de aangifte gemeld dat dit wel het geval was, maar hiervan is in de computer van verdachte geen vastlegging gevonden. Wel staat vast dat verdachte enkele van zijn slachtoffers via hun *webcam* naakt of half-naakt in hun privé-omgeving heeft waargenomen en daarvan opnames heeft gemaakt. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad uit 2001 en het daaraan gekoppelde aanvullende criterium (zie paragraaf 5) kan de rechtbank aannemen, gelijk zij doet, dat ook hier sprake is van ontuchtige handelingen. Met een soortgelijke casus worstelde de rechtbank te Haarlem al eerder. In haar uitspraak van 16 juni 2006⁷ ging het om het maken van filmopnames van vrouwen die op Schiphol van het openbare toilet gebruik maakten. De verdachte in die zaak maakte met zijn mobiele telefoon onder de gesloten deur door opnames van de gedeeltelijk ontklede vrouwen. De beslissing van de rechtbank hield in dat het zich in die toestand bevinden in de gegeven context als ontuchtig moest worden aangemerkt vanwege de intenties van de dader. In onze zaak is het naakt of half-naakt rondlopen van de slachtoffers in hun slaapvertrek op vergelijkbare gronden als kennelijk als ontuchtig vanwege de bedoelingen van de waarnemer en diens (seksuele) appreciatie van het feit. Men kan daarom zeggen dat het waarnemen van de dames op de toiletten (in 2006) of onze minderjarige slachtoffertjes in een dergelijke situatie inbreuk maakt op hun seksuele integriteit.

10. Het tweede te bespreken aspect is de aanwezigheid van dwang. Dwang houdt immers in dat het slachtoffer een kracht of druk ervaart waaraan hij of zij zich niet kan onttrekken en die aan de uitoefening van de eigen wil in de weg staat. Niet alle door een verdachte in het leven geroepen omstandigheden zijn voldoende om dwang aan te nemen.⁸ Van het handelen van de dader dient wel een zekere bedreiging uit te gaan die het gedrag van het slachtoffer veroorzaakt of daartoe aanleiding geeft. In het geval van de dames op de toiletten, maar ook in het geval van het met de mobiele camera gefilmde paartje dat in een afgesloten kamer seks bedreef⁹ staat vast dat de waarneming of vastlegging van hun handelingen door hen niet is gewild. In de zaak van de *webcamgluurder* waren de slachtoffers zich van de waarneming (aanvankelijk) niet bewust. Van dwang kan slechts sprake zijn indien het slachtoffer opzettelijk heeft veroorzaakt dat het slachtoffer iets heeft

7. Rb Haarlem 16 juni 2006, LJN AX8978.

8. HR 2 december 2003, NJ 2004, 78. HR 12 december 2006, NJ 2007, 422.

9. RB 's Hertogenbosch d.d. 7 augustus 2008, LJN: BD9381.

gedaan, niet gedaan of geduld.¹⁰ In geen geval van de genoemde gevallen heeft de dader de gedragingen zelf veroorzaakt. Ook heeft hij niet veroorzaakt dat de betrokken het waarnemen hebben geduld. Bepaald niet in de gevallen van het misbruik van de mobiele telefoon. Bij de *webcamgluurder* is de illegale waarneming evenmin door de slachtoffers geduld, want daarvoor is wetenschap nodig. Het aannemen van dwang in deze situaties is naar mijn mening een overstrekking van de delictsomschrijving.

11. Bij het onderzoek van verdachte's computersysteem zijn afbeeldingen van een aantal slachtoffers aangetroffen waarop zij voor hen *webcam* ontuchtige handelingen pleegden. Deze opnames dienden als bewijs voor de hiervoor besproken overtreding van art. 246 Sr. Ditzelfde feit valt tevens in een tweede strafbepaling, te omschrijven als het vervaardigen en het bezit van kinderpornografische afbeeldingen. Die kwalificatie behoeft na het besprokene hiervoor geen nadere toelichting, met uitzondering van de volgende passage. De verdediging voert aan dat het bestanddeel 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt' in de zin van art. 245 Sr in dit geval niet bewezen kan worden, omdat – naar ik aanneem – de slachtoffers er op de illegaal gemaakte afbeeldingen ouder uitzien dan genoemde leeftijd. De rechtbank beschikt in de p.v.'s over de juiste leeftijd van de slachtoffers, maar steunt tevens op de waarneming van de zedenexpert die bevestigt dat de slachtoffers naar zijn oordeel tussen 12 en 16 jaar oud zijn. Met het bestanddeel 'kennelijk etc.' beoogt de wetgever onder meer de strafbaarheid onder art. 240a Sr uit te breiden tot afbeeldingen van personen, betrokken zijn in een seksuele gedraging, die weliswaar boven de leeftijd zijn, maar op de afbeelding het voorkomen van een minderjarige hebben. De wetgever bedoelt niet afbeeldingen van minderjarigen van strafbaarheid uit te sluiten indien de slachtoffertjes een volwassen voorkomen hebben. Met een dergelijke uitleg zou de bepaling zijn doel voorbijschieten. Minderjarig blijft hier minderjarig, ongeacht welke schatting van de leeftijd de dader maakte.

12. Het waarnemen van personen in genoemde situaties kan een inbreuk van de seksuele integriteit op leveren. Het is echter tevens een ernstige inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer. Betreffende de zaak van de *webcamgluurder*: als er ergens met recht en reden een *expectation of privacy* aan de orde is dan zeker binnen de eigen woning. Ieder burger mag verwachten dat hij zich achter de gordijnen van zijn eigen huis vrij en onbespied kan weten. Het gedrag van de *webcamgluurder* moet op die gronden als strafwaardig worden aangemerkt. Een daarop toegespitste strafbepaling ontbreekt echter in het wetboek van strafrecht. Het dichtst bij de bescherming van dit privacybelang komt art. 139f Sr dat in het eerste lid verbiedt om opzettelijk en wederrechtelijk door middel van een technisch hulpmiddel een afbeelding te maken van een persoon in een woning of een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats indien de aanwezigheid van dat hulpmiddel niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt. Het artikel – bedoeld tegen onbehoorlijke (foto-)journalistiek – zou met een eenvoudige wetswijziging kun-

10. HR 13 september 2005, LJN: AT5834. (zie art. 284Sr)

nen worden uitgebreid tot de enkele aldus als wederrechtelijk aangemerkte waarneming, ongeacht of daar wel of geen vastlegging plaats vindt. Ook komt een combinatie met art. 139a Sr in aanmerking.

13. De eigenschappen en kwaliteiten van ICT stellen degenen die voldoende kennis en ervaring hebben in staat om de mogelijkheden voor strafwaardig gedrag te onderzoeken en uit te buiten. Ouders en opvoeders zijn hier kennelijk nog steeds onvoldoende op voorbereid. Het belang van bovenstaande uitspraak is dat de rechtbank in staat blijkt om klassieke zedelijkheidsbepalingen toe te passen op een niet-klassieke casus in cyber space. De delictsomschrijvingen blijken voldoende technologieneutraal geformuleerd. Ook de toepasselijkheid van het computerdelict van art. 138a Sr geeft hier geen aanleiding voor opmerkingen. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met ICT verdient binnen het strafrecht nadere aandacht, ook met betrekking tot andere onderwerpen dan hier behandeld.

H.W.K. Kaspersen¹¹

11. Rik Kaspersen is hoogleraar-directeur van het Computer/Law Institute van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

27. Noot bij Sector kanton rechtbank 's-Hertogenbosch 2 oktober 2008
Foto's
LJN-nummer BF9979

Auteursrecht, foto's op website

Gedaagde heeft op zijn website twee foto's van Johan Cruijff geplaatst zonder toestemming van eiser, die auteursrechthebbende is. Dat de foto nooit op de server van de website van [gedaagde A.] heeft gestaan en niet door deze website is "ge-upload" doet – wat daar overigens van zij – niet ter zake. De foto is op de website geplaatst. [gedaagden] erkennen dit. Daarmee is de foto openbaar gemaakt zonder toestemming van de gerechtigde en dit is niet toegestaan. Ook het verweer dat [eiser] zijn foto's beter had moeten beschermen kan geen doel treffen. Zelfs al zou de foto niet (doeltreffend) zijn beschermd, dan betekent dit nog geen vrijbrief voor onrechtmatige publicatie. Gedaagde moet ruim € 2400 aan schadevergoeding betalen en ruim € 1600 aan proceskosten.

1. Zo op het eerste gezicht een recht-toe-recht-aan zaak: over auteursrecht op foto's. Publicatie op internet zonder toestemming en naamsvermelding van de maker is onrechtmatig. Begroting schade conform gebruikelijke tarieven. Aldus de inhoudsindicatie op rechtspraak.nl. Maar bij lezing van het vonnis vallen toch een paar dingen op.

2. Ten eerste. Gedaagde A verschijnt samen met zijn vader, gedaagde G. Halverwege het vonnis is te lezen dat het onrechtmatig handelen van gedaagde A hem, ook gezien zijn leeftijd, kan worden toegerekend. Hoe oud zou 'ie zijn, vraag ik me dan af. Uit de reacties op het blogbericht van Arnoud Engelfriet over deze zaak¹ blijkt dat het zou gaan om een vijftienjarige jongen. En dan kan het inderdaad worden toegerekend (art. 6:165 lid 1 BW), en is de vader wellicht ook nog aansprakelijk (art. 6:169 lid 2 BW). Op het eind van het vonnis blijkt dat eiser zich alleen richt tot de zoon en niet tot de vader.

3. Ten tweede. De foto is wèl op de website geplaatst, maar heeft nooit op de server van de website van gedaagde A gestaan en is niet door deze website "ge-upload" – wat daar overigens van zij. Wat daar overigens van zij? Volgens mij is dat wel degelijk relevant. De enige manier waarop een foto wèl op een website te zien kan zijn zonder dat 'ie op die server "staat" is, voorzover ik weet, via een inline link – als het ware een venstertje binnen een website waarmee je naar een plaatje dat op een andere website staat kijkt. Vooral omdat het voor de bezoeker van

1. Arnoud Engelfriet, De Cruijffclaim, pardon Scrabbleclaim nogmaals, op blog.iusmentis.com, 27 oktober 2008. (<http://blog.iusmentis.com/2008/10/27/de-cruijffclaim-pardon-scrabbleclaim-nogmaals/>, laatst bezocht op 24 januari 2009).

de pagina helemaal niet duidelijk hoeft te zijn dat dat plaatje ergens anders staat, is op zich best te verdedigen dat inline linken, zeker als het zonder bronvermelding gebeurt, openbaarmaken in de zin van de auteurswet is.² Daarbij maakt het wellicht ook nog uit of, voor de oplettende gebruiker, de oorspronkelijke vindplaats van het plaatje bijvoorbeeld met behulp van een mouse-over weggemoffeld is. De rechter had hier wel wat meer over mogen zeggen dan: wat daar overigens van zij. Net alsof hij het niet begrijpt en of het hem niet interesseert. De site zelf is op het moment van schrijven van deze noot niet in de lucht. Via www.archive.org heb ik wel oudere versies gevonden, maar ik heb niet kunnen achterhalen hoe die foto van JC er nou op heeft gestaan.

4. Ten derde, het bedrag wat gedaagde nou uiteindelijk moet betalen: ruim vierduizend euro. Dat is nogal wat voor een vijftienjarige. Tuurlijk, hij had die foto's niet zonder toestemming moeten gebruiken. Maar vierduizend euro, is dat nou gerechtigheid? Het lijkt mij wat buitenproportioneel. Van die vierduizend euro is ruim 1600 voor proceskosten en buitengerechtelijke kosten. Best veel. Maar welke schade lijdt die fotograaf nou eigenlijk? Zeker, als iedereen altijd alles zomaar "jat" is het hek van de dam en hebben fotografen en andere "makers" van auteursrechtelijk te beschermen werken geen business meer. En internet is nou eenmaal een ideaal medium om auteursrechtinbreuk mee te plegen, daar kan de entertainmentindustrie ook van meepraten. Maar hier, hoewel soccer4u volgens de rechter wel een commerciële site is, denk ik dat ze het normale tarief voor gebruik van zo'n foto nooit zouden kunnen betalen. Dus dan geen foto bij het stukje over Johan Cruijff, of een andere.

5. Arnoud Engelfriet wijst erop dat in de meeste gepubliceerde vonnissen hetgeen hier als "redelijk aanknopingspunt voor de begroting van de schade" – te weten: drie keer het normale tarief volgens de algemene voorwaarden van de Fotografenfederatie³ – gehanteerd wordt, juist expliciet wordt afgewezen.⁴ Het gaat namelijk niet om schadevergoeding maar om straf. De strafdoelen liggen er dik bovenop: deze jongen moet blijkbaar (heel) goed voelen dat wat hij gedaan heeft niet door de beugel kan: vergelding. Zodat hij dat nooit, maar dan ook nooit meer zal doen: speciale preventie. En er moet een krachtig signaal afgegeven worden zodat ande-

2. Zoals ook geoordeeld werd in Sector kanton Rb. Haarlem 5 september 2007 (voeljeniksvan), LJN BB3144.

3. Artikel 18 van die voorwaarden luidt als volgt: 18.1 Elk gebruik van een Fotografisch werk dat niet is overeengekomen, wordt beschouwd als een inbreuk op het auteursrecht van de Fotograaf. 18.2 Bij inbreuk komt de Fotograaf een vergoeding toe ter hoogte van tenminste driemaal de door de Fotograaf gebruikelijk gehanteerde licentievergoeding voor een dergelijke vorm van gebruik, zonder enig recht te verliezen op vergoeding van overige geleden schade (waaronder begrepen het recht op vergoeding van alle directe en indirecte schade en alle daadwerkelijke gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten). Voorwaarden te raadplegen via <http://www.fotografenfederatie.nl/cms/db.php3?id=351>.

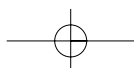
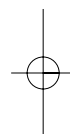
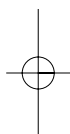
4. Arnoud Engelfriet, Het boetebeding bij auteursrecht-claims, 25 juli 2008. (<http://blog.iusmentis.com/2008/07/25/het-boetebeding-bij-auteursrecht-claims/>, laatst bezocht op 24 januari 2009). Hij verwijst naar: Rb. Maastricht 8 februari 2006 (Magnovit), LJN AV2506 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 januari 2006 (Pevry Press), LJN AU9504; in de reactie op zijn bericht wordt nog verwezen naar Rb. Amsterdam 6 juli 2005 (Jaap van Zweden), LJN AU0588.

ren het ook niet in hun hoofd zullen halen zoiets te doen: generale preventie. Maar straf behoort niet eenzijdig te kunnen worden opgelegd door een private partij in algemene voorwaarden aan iemand met wie geen overeenkomst bestaat.

6. Ik vind het erg jammer dat blijkbaar het recht (althans deze Bossche kantonrechter) zich hiervoor leent. Die jongen zat fout, okee. Maar € 4000 vind ik absurd.

Tina van der Linden⁵

5. Tina van der Linden is docent IT en Recht aan de Universiteit Utrecht.



**28. Noot bij Europees Hof van Justitie 16 oktober 2008 C-298/07
Bundesverband der Verbraucherzentralen¹**

**E-commerce, Article 5(1)(c) Directive 2000/31/EC, Electronic
mail, effectieve communicatie**

DIV is een autoverzekeringsmaatschappij die haar diensten uitsluitend via internet aanbiedt. Op de website vermelden ze hun fysieke adres en e-mail, maar geen telefoonnummer. Wel hebben ze een webformulier. Telefoonnummer verstrekken ze na het contracteren. De Duitse consumentenorganisatie vindt dat een telefoonnummer vermeld moet worden, omdat alleen dan effectieve communicatie mogelijk is. In eerste aanleg ging de rechter mee, in hoger beroep werd echter geoordeeld dat een telefoonnummer verstrekken niet nodig is. Daarnaast werd aan het Hof van de EG de vraag voorgelegd hoe de bepaling van art. 5(1)(c) Richtlijn 2000/31/EG elektronische handel (art. 3:15d sub b BW) moet worden uitgelegd. In deze bepaling wordt aangegeven dat de dienstverlener verplicht is effectieve communicatiemiddelen ter beschikking te stellen, met in begrip van e-mail. Gegeven dat het inderdaad nodig is, was de vervolgvraag of een telefoonnummer moet worden verstrekt of dat met een webformulier kan volstaan. Het hof oordeelde dat een telefoonnummer niet noodzakelijk is en dat een webformulier als aanvullend middel kan voldoen.

1. Dienstverleners van de informatiemaatschappij, daar vallen in beginsel alle aanbieders van websites onder, moeten algemene informatie (naam, adres, BTW-nummer, etc.) verstrekken voordat er van enige contractuele handeling sprake is. Deze plicht is terug te vinden in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel, in Nederland omgezet middels art. 3:15d lid 1 BW. In de consumentenbeschermingsrichtlijn 97/7/EG waren deels vergelijkbare verplichtingen te vinden, die echter enkel gelden in geval de aanbieder een overeenkomst op afstand tot stand wil brengen (art. 7:46c BW). Een verschil tussen beide bepalingen is onder andere dat in geval van art. 7:46c BW het volstond om een postbus als adres op te geven, terwijl op grond van art. 3:15d lid 1 BW een fysiek adres moet worden kenbaar gemaakt. Dit fysieke adres is met name van belang om ook buiten internet contact met de dienstverlener te kunnen opnemen. De Europese wetgever bepaalde daarnaast in artikel 5 lid 1 sub c Richtlijn 2000/31/EG (art. 3:15d lid sub b BW) dat de afnemer van een dienst moet kunnen beschikken over: “gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met hem mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische post-adres;” Over de uitleg van deze bepaling handelt deze zaak.

1. Deze noot verscheen eerder in Tijdschrift voor Internetrecht, 2008 nr. 6.

2. Mede gezien de grote hoeveelheid spam is de vraag in hoeverre tegenwoordig het verzenden van een e-mail in geval van elektronische handel nog als een effectieve manier van communiceren kan worden gezien. De afgelopen jaren heb ik studenten regelmatig de vraag voorgelegd of een webformulier in de plaats zou kunnen komen van het verstrekken van een e-mail adres. De meningen waren doorgaans verdeeld. Dat een verstrekt e-mail adres gemakkelijk voor spam kan worden gebruikt werd als een reden gezien om met een webformulier genoeg te nemen. Anderzijds werd aangevoerd dat een webformulier op een later moment minder gemakkelijk (soms ook niet) kan worden gebruikt, terwijl een e-mail adres in ieder willekeurig e-mail programma kan worden gebruikt om direct contact te leggen. In deze uitspraak is in ieder geval aangenomen dat “met inbegrip van” inhoudt dat *altijd* een e-mail adres verstrekt moet worden.

3. Indien we aannemen dat een e-mail adres effectieve communicatie mogelijk maakt, is de vraag in hoeverre het nodig is om ook informatie over andere middelen ter beschikking te stellen. Naar de strekking van de bepaling zou dit overbodig zijn. Het doel is dan immers bereikt, nl. het mogelijk maken van rechtstreekse en effectieve communicatie.

4. Taalkundig gezien kan betoogd worden dat “met inbegrip van” impliceert dat er behalve het e-mail adres meer communicatiemiddelen ter beschikking moeten worden gesteld. Het Hof merkt op dat wat betreft de uitleg van bepalingen verder moet worden gekeken dan de letterlijke tekst: “it is necessary to consider not only its wording but also the context in which it occurs and the objectives pursued by the rules of which it is part.” (ov. 15) Het zal daarbij niet zover gaan dat informatie over “*alle* aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen” moet worden verstrekt, zoals abusievelijk in art. 7:46c BW is terecht gekomen door een foutieve vertaling van “by any means”.

5. In deze uitspraak is aangenomen dat er informatie over andere communicatiemiddelen dan e-mail moet worden verstrekt. Hoewel de uitkomst verdedigbaar is, deugt de redenering niet en laat de uitwerking onduidelijkheid bestaan.

6. In aanvulling op de taalkundige interpretatie wordt gesteld (ov. 18) dat blijkt dat de wetgever meer dan alleen e-mail als middel verstrekt wil zien omdat sub b verlangt dat het fysieke adres moet worden verstrekt. Het doel van beide typen van informatie is vergelijkbaar, het maakt immers contact leggen met de dienstverlener mogelijk. Zoals hierboven aangegeven is het fysieke adres nodig om een link met de wereld buiten internet te leggen. De dienstverlener kan worden bezocht (vandaar dat postbus adres niet volstaat), er kan post naar hem toe worden verzonden of een dagvaarding aan hem betekend worden. Uit het feit dat de wetgever een link met de fysieke wereld noodzakelijk acht, kan mijns inziens niet worden afgeleid dat effectieve communicatie *ook* op niet-elektronische wijze mogelijk moet zijn.

7. Verder wordt aangegeven dat de bedoeling van de richtlijn niet is om elektronische handel te isoleren van andere handel. Daaruit volgt dan dat “does not mean that it intended to dispense with other types of non-electronic communication.” (ov. 20). Betoogd wordt dat de interne markt gehinderd wordt, indien afnemers door tijdelijke onmogelijkheid van elektronische communicatie (het netwerk valt

bijvoorbeeld weg) niet in staat blijken een overeenkomst te sluiten. Mij lijkt dat deze informatieplicht niet de bedoeling heeft om het elektronisch contracteerproces onder omstandigheden met een niet-elektronisch middel af te ronden. Dit geldt te meer daar de informatieplicht generiek van aard is en ook van toepassing is indien in het geheel niet gecontracteerd wordt (zoals bij een zoekmachine). Het bieden van een effectief communicatiemiddel als algemene informatieplicht betekent niet dat aanbieders ook moeten zijn ingericht op een eventueel niet elektronisch contracteerproces.

8. Een tweede punt bouwt hierop voort en betreft zonder het als zodanig aan te duiden de informatieplicht van artikel 10 van de Richtlijn (art. 6:227c BW) erbij. Het herstellen van invoerfouten zou ook langs niet elektronische weg mogelijk moeten zijn (ov. 23). Een merkwaardige eis. Het ligt niet erg voor de hand dat iemand die elektronisch contracteert behoefte zou hebben om op niet elektronische wijze invoerfouten te herstellen.

9. Het hof geeft vervolgens aan dat “only in exceptional circumstances that electronic communication will have to be supplemented by non-electronic means.” (ov. 24) en dat er ondanks deze uitzonderelijkheid niettemin in het algemeen een verplichting geldt informatie over aanvullende communicatiemiddelen te verstrekken (ov. 25): “(...) to offer recipients of the service a rapid, direct and effective means of communication in addition to his electronic mail address.”

10. De vraag is dan vervolgens welk communicatiemiddel dit moet zijn. Een synchrone communicatievorm (zoals chat, telefonie) is niet noodzakelijk, zolang de gebruiker maar adequaat antwoord krijgt binnen een periode die overeenstemt met zijn behoefte of gerechtvaardigde verwachtingen (ov. 30). Telefoonnummers hoeven dus niet *per se* verstrekt te worden, maar ook een fax of, wederom nogal merkwaardig: “personal contact at the premises of the service provider with a person in charge.” Het lijkt of hier zeker gezien het woord ‘premise’ aan de gewone wereld wordt gedacht. Dit is voor internethandel nu niet direct een effectieve manier van communiceren. Prettig natuurlijk dat je op een fysieke locatie nadere toelichting kan verkrijgen, maar tijdens een online contracteerproces of meer in het algemeen het afnemen van een dienst van de informatiemaatschappij denk je in de eerste plaats aan elektronische communicatie.

11. Het hierboven al genoemde elektronische formulier kan eveneens worden gezien als effectieve communicatievorm. Althans, indien zoals in deze zaak een vraag binnen 30-60 minuten wordt beantwoord. Dit kan natuurlijk alleen bij een 24/7 bemanning, een standaardantwoord binnen die gegeven tijd zal niet volstaan lijkt me. Er wordt daaraan toegevoegd dat op verzoek ook informatie voor op niet elektronische wijze communiceren moet worden verstrekt, in die gevallen waar iemand op reis is of anderszins geen toegang tot internet heeft. Deze aanvulling gaat wederom de strekking van de bepaling verre te buiten, die er immers op gericht is tijdens het afnemen van een dienst van de informatiemaatschappij te kunnen beschikken over effectieve communicatiemiddelen. Wat op een later moment in de ogen van de afnemer nodig wordt gevonden, kan eventueel als verzoek worden gedaan aan de aanbieder indien daadwerkelijk een dienst is afgenomen maar lijkt mij niet een afdwingbaar recht te moeten zijn.

12. Al met al verschaft de door het hof gegeven uitleg van artikel 5 lid 1 sub c weinig helderheid, anders dan dat het hof van mening is dat er in aanvulling op een e-mail adres ook andere communicatiemiddelen ter beschikking moeten worden gesteld. Een telefoonnummer hoeft niet. Geen uitspraak wordt gedaan over de vraag of een telefoonnummer voldoende kan zijn. Dit lijkt me namelijk wel.

13. Van een elektronisch formulier wordt gezegd dat hiermee kan worden volstaan, waarbij in het dictum de responstijd van 30-60 minuten niet is herhaald. Wel herhaald is het merkwaardige en onbegrijpelijke verzoek: "except in situations where a recipient of the service, who, after contacting the service provider electronically, finds himself without access to the electronic network, requests the latter to provide access to another, non-electronic, means of communication."

14. Eerder dit jaar deed de Nederlandse Consumentenautoriteit een vergelijkbare uitspraak waarin werd bepaald:² "Het vermelden van alleen een e-mailadres is dus onvoldoende. In geen enkel geval is door PostGarant B.V. een telefoonnummer of faxnummer opgenomen." Twijfelachtig lijkt me dat het enkel verstrekken van een faxnummer kan volstaan. Een telefoonnummer biedt in dezen meer mogelijkheden, hoewel de gewoonlijk hiervoor ingezette call-centers in veel gevallen dermate lange wachttijden hebben dat niet echt van effectieve communicatie kan worden gesproken. Als daarbij enkele dubbeltjes per minuut moet worden betaald tijdens het wachten, kan niet echt meer van effectieve communicatie gesproken worden. Immers, indien te verwachten is dat de kosten voor het bellen hoog uitvallen, kan dit afnemers weerhouden om telefonische contact te zoeken. Uit besproken uitspraak van het hof van de EG kan niet direct maar in mijn ogen wel indirect worden afgeleid dat met het verstrekken van een telefoonnummer in aanvulling op een e-mail adres volstaan kan worden.

15. Zoals aangegeven door De Jong en Erents kan de uitleg van de Consumentenautoriteit in het licht van het door hun besproken advies van de Advocaat-Generaal niet standhouden.³ De uitspraak van het hof van de EG neemt van de AG over dat een telefoonnummer niet noodzakelijk is. De uitleg die aan de bepaling gegeven werd in het advies is in mijn ogen veel overtuigender, namelijk dat in beginsel een e-mailadres volstaat: "Service providers are also not required (...) to provide a second means of contacting users, different from the electronic mail address, so long as the latter is adequate and sufficient to enable rapid contact and establish direct and effective communication."⁴ De uitleg van het hof is niet alleen onduidelijk, maar ook op punten ondeugdelijk. Het ware beter geweest als in lijn met de strekking van de bepaling (zie ook aan het begin) de interpretatie van de AG gevolgd was.

A.R. Lodder⁵

2. Op 23 januari 2008 in de zaak Postgarant.

<http://www.consumentenautoriteit.nl/dsresource?objectid=13683&type=pdf>

3. H.A.J. de Jong & G.C.J. Erents, 'Online Overeenkomstenrecht 2007-2008', Tijdschrift voor Internetrecht 2008, nr. 3.

4. Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, delivered on 15 May 2008.

5. Arno Lodder is sectiehoofd IT-recht Computer/Law Institute en directeur van het Centre for Electronic Dispute Resolution.

29. Noot bij Rechtbank Leeuwarden, 21 oktober 2008
Diefstal van virtuele goederen
LJN-nummer BG0939¹

**Strafrecht, diefstal virtuele goederen, online computerspel,
diefstal met geweld, art. 310 Sr, art. 312 Sr.**

Verdachte wordt verweten dat hij, samen met een medeverdachte, een masker en een amulet uit het online spel RuneScape gestolen heeft, door het slachtoffer met fysiek geweld te dwingen in te loggen in het spel. Voor de beantwoording van de vraag of virtuele goederen goederen zijn in de zin van art. 310 Sr. geldt een aantal criteria, waar i.c. aan voldaan is: een goed moet voor de bezitter ervan waarde hebben, een goed hoeft niet stof-felijk te zijn (elektriciteit), en bij diefstal verkrijgt de wegnemer de feitelijke macht over het gestolen goed terwijl de bestolene de feitelijke macht door het wegnemen daarover verliest. Verdachte wordt veroordeeld tot 160 uur werkstraf onvoorwaardelijk en vier weken jeugddetentie voorwaardelijk.

Inleiding

1. Deze zaak heeft in de pers redelijk wat stof doen opwaaien. De verdachten en het slachtoffer zitten bij elkaar op school en spelen allen het online spel *Runescape*, waarin je een avonturier bent die zich door een fantasy-wereld beweegt. Een speler wordt er sterker door objecten en geld te vergaren. Runescape is een *Massively Multiplayer Online Game* (MMOG) met wereldwijd meer dan 10 miljoen geregistreerde gebruikers. Toch zullen er maar weinig volwassenen zijn die weten wat er omgaat in dergelijke spellen, laat staan begrijpen wat twee pubers bezielt die een ander mishandelen vanwege spullen in een computerspelletje. De casus kan worden vergeleken met een jongen die door schoolgenoten met geweld wordt bestolen van zijn nieuwe sportschoenen. Zeer waardevolle en unieke schoenen in dit geval, bijvoorbeeld doordat er maar 10 paar van gemaakt zijn.
2. Uit de eigen verklaringen in het vonnis blijkt dat de jongens jaloers waren. Het slachtoffer had recentelijk een grote slag geslagen “want hij had spullen gevonden van een dode man en die man was heel rijk en had dus veel waardevolle spullen”. Verdachten hebben hem gevraagd hen ook wat van zijn nieuwe rijkdommen te geven. Dat weigerde hij, waarop verdachten het plan vatten om hem buiten het spel om fysiek onder druk te zetten.

1. Deze noot verscheen eerder in het Tijdschrift voor Internetrecht, jaargang 2 nummer 1.

Rechtsvraag

3. Kunnen virtuele objecten die alleen kunnen bestaan binnen de context van een specifiek spel worden gekwalificeerd als goederen en kunnen zij worden weggenomen in de zin van artikel 310 Wetboek van Strafrecht?

Diefstal

4. De delictsomschrijving van diefstal bevat de volgende bestanddelen:

- Wegnemen
- Enig goed
- Aan een ander toebehoren
- Oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening

5. In de Runescape uitspraak lijkt het op het eerste gezicht vooral te gaan over de vraag of virtuele goederen kunnen gelden als ‘enig goed’. In eerdere uitspraken bepaalde de Hoge Raad dat elektriciteit² en giraal geld³ in ieder geval wel goederen zijn in de zin van artikel 310 Wetboek van Strafrecht omdat ze individualiseerbaar zijn. Het was niet noodzakelijk dat deze goederen tastbaar of stoffelijk waren.

6. Een interessanter onderscheid met eerdere jurisprudentie is dat het ‘toe-eigenen’ respectievelijk ‘wegnemen’ van virtuele goederen mogelijk wordt. Voordat er sprake kan zijn van diefstal moet het goed zijn onttrokken aan de feitelijke macht van de bestolene en in de feitelijke macht van de dief komen. Met de formulering van dit criterium bepaalde de Hoge Raad in 1996⁴ dat computergegevens zich niet lenen voor diefstal. Wanneer de gegevens worden weggenomen betekent dit niet dat de oorspronkelijke eigenaar ze niet meer heeft. Deze uitspraak kwam mede tot stand door de parlementaire geschiedenis van de eerste wet Computercriminaliteit⁵. De minister had hierin duidelijk uitgesproken dat computergegevens niet aangemerkt dienden te worden als ‘enig goed’ en dat alle strafbare gedragingen met betrekking tot die gegevens zouden vallen onder de nieuwe wetgeving.

7. Nu het slachtoffer in het spel Runescape wel degelijk de feitelijke macht over zijn virtueel amulet en masker verloor toen de belager de feitelijke macht over deze goederen kreeg, staat de rechtbank kennelijk niets meer in de weg om tot een veroordeling vanwege ‘gewone’ diefstal (met geweld) te komen.

8. Het is jammer dat in het vonnis geen aandacht wordt besteed aan de wetgeving over computervredebreuk en het wijzigen van gegevens. Het was interessant geweest om te lezen of de rechtbank deze artikelen al dan niet van toepassing achtte op deze zaak.

2. HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564 Elektriciteit.

3. HR 11 mei 1982, NJ 1982, 583 Giraal geld.

4. HR 3 december 1996, NJ 1997, 574 Computergegevens, zie ook Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80.

5. Wet van 1 maart 1993, kamerstuknummer 21551.

Handelingen in context van het spel

9. Voor een heldere discussie over het al dan niet moeten of kunnen vervolgen van ‘criminaliteit in virtuele werelden’ is het van belang een onderscheid te maken tussen gedragingen die zich binnen de context van het spel voordoen (zogenaamde *in-game crime*) en handelingen hierbuiten⁶. *In-game crime* moet in eerste instantie binnen het spel worden opgelost. De aanbieder van het spel is hier vaak de aangewezen partij voor maar er zijn ook spellen waarbinnen medespelers criminaliteit bestrijden. Het strafrecht zou zich hier alleen in extreme gevallen over kunnen uitspreken, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van grote vermogensschade of emotionele schade.

10. Een belangrijk criterium daarbij is of de gedragingen volgens de spelregels van het spel zijn toegestaan. Mocht diefstal het doel van het spel zijn⁷ dan kan men betogen dat de feiten zoals die zich hier hebben voorgedaan strafbaar zouden zijn als ernstige bedreiging en mishandeling, maar niet als diefstal, omdat de wederrechtelijkheid ontbreekt.

11. Runescape verbiedt weliswaar niet letterlijk diefstal maar wel valsspelen, oplichten, liegen, misbruik van *login* gegevens en gebruik van het *account*⁸ van een ander. Tegelijk is het in het grote delen van het spel mogelijk om te Pk-en. Dit staat voor Player killing, oftewel in het spel een andere speler aanvallen en doden. Wanneer je hierin slaagt, mag je spullen van hem pakken. Virtuele moord blijkt binnen dit spel minder erg dan virtuele oplichting.

12. De aanbieder heeft de mogelijkheid om bepaalde gedragingen te verbieden, maar kan ze vaak ook uitsluiten door in de software beperkingen voor de spelers aan te brengen. *Jagex*, de aanbieder van Runescape, had de overdracht van de virtuele schatten in het spel onmogelijk kunnen maken. Zo’n vier maanden na het voorval deden ze dit ook door het handelen tegen te lage vergoeding onmogelijk te maken en *gedropte* items met een hoge waarde onzichtbaar te maken voor andere spelers, waardoor deze niet meer kunnen worden opgeraapt.

13. De belangrijkste handelingen in de onderhavige zaak, het geweld en de bedreigingen, speelden zich buiten de context van het spel af. De rechtbank lijkt zich in het vonnis eigenlijk niet bezig te hebben gehouden met het vervolgen van *in-game crime*. Bovengenoemde criteria (aanzienlijke vermogensschade⁹, emotionele schade, strijd met de spelregels) komen nauwelijks aan bod.

6. Zie “Virtuele criminaliteit: all in the game”, M. Viersma, B.J.V. Keupink uit “Recht in een virtuele wereld: Juridische aspecten van Massive Multiplayer Online Role Playing Games (MMORPG)”, A.R. Lodder, NVvIR. Elsevier, 2006.

7. Dit geldt bijvoorbeeld in een piraten of maffiaspel.

8. Lidmaatschap van het spel, beschermd door een gebruikersnaam en wachtwoord. Het account bevat alle informatie over het karakter dat de speler bestuurt en diens goederen.

9. In dit geval zou het lastig zijn geworden om een prijskaartje aan het amulet en masker te hangen. In de regels van Runescape staat dat de aanbieder stelt eigenaar te blijven van alle virtuele goederen en rechten in het spel en elke vorm van vermenging van de echte en de virtuele economie expliciet uit te sluiten. Je mag je *account* niet verkopen en ook geld en goederen mogen niet buiten het spel om verhandeld worden.

14. Daarom vraag ik mij af of een veroordeling op grond van wetsartikelen die het gedrag buiten de context van het spel strafbaar stellen, namelijk mishandeling, bedreiging en de wetgeving rond computercriminaliteit, niet meer voor de hand zou hebben gelegen.

Conclusie

15. Ik deel de conclusie van de rechtbank te Leeuwarden dat computergegevens in de vorm van virtuele goederen gestolen kunnen worden in de zin van artikel 310 Wetboek van Strafrecht. Het Computergegevensarrest heeft ons het afgelopen decennium de indruk gegeven dat bits en bytes niet (onafhankelijk van gegevensdragers) gestolen konden worden omdat in die casus de originele gegevens niet verdwenen. Voor het slachtoffer waren de gegevens nog net zozeer beschikbaar als voor de dief. Met de opkomst van het internet en de groei van opslagmedia is de verbondenheid van software en data met hun gegevensdragers minder direct geworden. Met de komst van *MMOG's* en andere virtuele constructies is de mogelijkheid geschapen om niet kopieerbare, unieke goederen binnen een bepaalde context, zoals een spel te bezitten en te verhandelen. De wetgever heeft getracht een uitputtend wettelijk kader te scheppen maar heeft daarin geen rekening gehouden met de mogelijkheden die virtuele werelden scheppen.

16. Het is belangrijk om het verschil tussen *in-game crime* en strafbaar gedrag buiten de context van het spel helder voor ogen te hebben. In-game crime zou alleen voor vervolging in aanmerking moeten komen wanneer de financiële of emotionele schade aanzienlijk is en de gedraging verboden is volgens de regels van het spel. Hierbij moet ook rekening worden gehouden met de verantwoordelijkheid van de aanbieder van het spel om verboden gedragingen te bestraffen of uit te sluiten en de verantwoordelijkheid van de spelers¹⁰ om een spel uit te kiezen wat bij hun leeftijd en gewenste beschermingsniveau past.

17. Voor het vervolgen van strafbare gedragingen die buiten de context van een spel hebben plaatsgevonden zie ik geen enkel obstakel. In dit geval zou dat hebben geleid tot een veroordeling wegens mishandeling en bedreiging en mogelijk ook vanwege overtreding van de wet op de computercriminaliteit. Het is jammer dat de rechtbank hier in het vonnis niet op ingaat.

M. Viersma

10. En hun ouders wanneer zij minderjarig zijn.

Trefwoordenregister

volgt

Systematisch register

volgt

